

Tesis Doctoral

LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA MUJER EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.

CARMEN MERCADO CARMONA

**Realizada bajo la dirección de la profesora Dra. D^a ANA
SALINAS DE FRÍAS, Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de
Málaga.**

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA**

Málaga, mayo de 2019



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: María del Carmen Mercado Carmona



<http://orcid.org/0000-0002-6275-564X>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

Por años, disfrutar del error
y de su enmienda,
haber podido hablar, caminar libre,
no existir mutilada,
no entrar o sí en iglesias,
leer, oír la música querida,
ser en la noche un ser como en el día.
No ser casada en un negocio,
medida en cabras,
sufrir gobierno de parientes
o legal lapidación.
No desfilas ya nunca
y no admitir palabras
que pongan en la sangre
limaduras de hierro.
Descubrir por ti misma
otro ser no previsto
en el puente de la mirada.
Ser humano y mujer, ni más ni menos.

Ida Vitale, 'Fortuna'
Trema, 2005

A Jose, Carmen Sofía y Santiago.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	5
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
PARTE PRIMERA. – LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA MUJER EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.	
CAPÍTULO I.- DE LOS ORÍGENES A LOS PACTOS.....	29
1.- LOS TRATADOS PREVIOS A LA SOCIEDAD DE NACIONES: LA TRATA DE BLANCAS.....	32
2.- LA SOCIEDAD DE NACIONES.....	34
3.- LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.....	41
4.- LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.....	47
5.- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DUDH).....	53
6.- LOS PRIMEROS TRATADOS ESPECÍFICOS SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES Y SU INCIDENCIA EN LA ESFERA PÚBLICA Y PRIVADA.....	59
7.- LOS GRANDES PACTOS DE DERECHOS HUMANOS Y SUS MECANISMOS DE PROTECCIÓN.....	67
7.1- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).....	68
7.2.- La labor de sus Comités.....	75
CAPÍTULO II.- LOS CONVENIOS SECTORIALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LAS CONFERENCIAS MUNDIALES SOBRE LA MUJER.....	81
1.-LOS CONVENIOS SECTORIALES DE NACIONES UNIDAS.....	84
1.1.- La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	84
1.1.1.- <i>La discriminación contra la mujer.....</i>	87
1.1.2.- <i>Las obligaciones de los Estados y los derechos reconocidos a través de la labor de su Comité.....</i>	90
1.1.3.- <i>El problema de las reservas a la CEDAW.....</i>	97
1.1.4.- <i>El mecanismo de control.....</i>	105
1.1.5.- <i>La implementación de la CEDAW en España.....</i>	114
1.2.- La Convención de los Derechos del Niño y la protección de la integridad de las niñas.....	119
1.2.1.- <i>La labor de su Comité</i>	128
1.2.2.- <i>La implementación de la Convención y sus Protocolos Facultativos en España.....</i>	131

2.-LAS CONFERENCIAS MUNDIALES SOBRE LA MUJER: LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE POLÍTICA.....	133
---	-----

CAPÍTULO III.- LAS PIEDRAS ANGULARES DE LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA MUJER..... 145

1.- EL PRECEDENTE: LA CONFERENCIA DE VIENA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	152
2.- LA RECOMENDACIÓN GENERAL NÚMERO 19 DEL COMITÉ CEDAW Y SU ACTUALIZACIÓN A TRAVÉS DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL NÚMERO 35.....	154
3.- LA DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (LA DEVAW).....	161
3.1.- El concepto de violencia contra la mujer. Características, origen y ámbitos en los que se produce.....	163
3.2.- Los derechos reconocidos. La tradición y la cultura.....	170
3.3.- La responsabilidad y las obligaciones de los Estados: especial referencia al principio de la debida diligencia.....	173
3.4.- El control y la aplicación de los principios de la DEVAW.....	184
4.- EL MECANISMO ESPECIAL DE PROTECCIÓN: EL MANDATO DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS.....	191
5.- ¿HACIA UN NUEVO INSTRUMENTO JURÍDICO VINCULANTE?.....	199

CAPÍTULO IV.- EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LA MUJER FRENTE A ALGUNAS FORMAS ESPECÍFICAS DE VIOLENCIA..... 211

1- LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	216
2.- LAS PRÁCTICAS TRADICIONALES NOCIVAS.....	230
2.1.- La mutilación genital femenina.....	235
2.2.-El matrimonio precoz, infantil y forzado. Otras prácticas nocivas en relación con el matrimonio.....	241
2.3.-Los crímenes de “honor”.....	247
3.- LA VIOLACIÓN Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL.....	250
4.- LA TRATA DE MUJERES Y NIÑAS.....	262

CAPÍTULO V. LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES ESPECIALMENTE VULNERABLES A LA VIOLENCIA..... 289

1.- LAS MUJERES MIGRANTES, REFUGIADAS, DESPLAZADAS Y APÁTRIDAS.....	298
2.-LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD.....	328
3.-LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO.....	333
3.1.-La protección de las mujeres en el Derecho Internacional Humanitario.....	339
3.2.- Las Resoluciones del Consejo de Seguridad.....	352
3.3.- La protección de las mujeres en el Derecho Internacional Penal.....	368

PARTE SEGUNDA.- LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA MUJER EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

CAPÍTULO VI.- EL MARCO JURÍDICO EUROPEO.....	383
1.- EL CONSEJO DE EUROPA.....	385
1.1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	385
1.2. La jurisprudencia del TEDH.....	388
1.3.- La Carta Social Europea.....	392
1.4.- El Convenio de Estambul.....	395
2.- LA UNIÓN EUROPEA.....	418
2.1.- La CDFUE.....	418
2.2.- Las normas de Derecho derivado que inciden en la protección de la integridad de las mujeres.....	425
 CAPÍTULO VII.- LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA).....	 441
1.-LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	443
2.- LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ.....	449
3.- EL FEMINICIDIO O LOS ASESINATOS DE MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO.....	456
4.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH Y DE LA CORTE IDH.....	460
 CAPÍTULO VIII. EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: LA UNIÓN AFRICANA (UA).....	 465
1.- LA CARTA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.....	467
2.-EL PROTOCOLO SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN ÁFRICA, PROTOCOLO DE MAPUTO.....	473
3.- LA LABOR DE LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.....	480
 CAPÍTULO IX.- LA REGIÓN DE ASIA Y EL PACÍFICO: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA ASEAN.....	 485
1.- ANÁLISIS GENERAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ASIA Y EL PACÍFICO.....	487
2.- EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL MARCO DE LA ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL SUDESTE ASIÁTICO (ASEAN).....	491
 CONCLUSIONES FINALES.....	 503
 BIBLIOGRAFÍA.....	 527



ABREVIATURAS UTILIZADAS

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACNUR	Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados
ACWC	Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños
ASEAN	Asociación de Naciones del Sureste Asiático
CAHVIO	<i>Ad Hoc</i> Comité on Preveting and Combating Violence against women and Domestic Violence
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDI	Comisión de Derecho Internacional.
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEIPAZ	Centro de Educación e Investigación para la Paz
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIM	Comisión Interamericana de Mujeres
CPI	Corte Penal Internacional
CSE	Carta Social Europea
CSW	Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer
DEVAW	Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
GREVIO	Grupo de Seguimiento del Convenio de Estambul

GRETA	Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos
MESEVIC	Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará
MGF	Mutilación Genital Femenina
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONG	Organización no gubernamental
OUA	Organización para la Unidad Africana
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SAARC	Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
VIH/SIDA	Virus de Inmunodeficiencia Humana

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ¿EL DERECHO INTERNACIONAL COMO GARANTE DE LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LAS MUJERES?

El derecho a la integridad es un derecho básico y primario de la persona que, junto con el derecho a la vida y la dignidad humana, permite la realización de los demás derechos. Éstos sólo cobran sentido a partir del respeto de los que constituyen los ejes básicos de la existencia humana. Con el derecho a la integridad se defiende la naturaleza humana en su compleja estructura física, psicológica y moral. En su dimensión física y psíquica la integridad implica la preservación de los órganos, partes y tejidos del cuerpo humano, así como la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales de las personas. En su dimensión moral, la integridad comprende el derecho al desarrollo de la vida de acuerdo con las propias convicciones y el derecho a no ser sometido a condicionamientos que pueda imponer un modelo social pernicioso para la integridad de la naturaleza humana. Aunque los grandes textos del sistema universal de protección de los derechos humanos no reconocen expresamente el derecho a la integridad personal como tal, es evidente su protección como bien jurídico a través del derecho a la vida, la dignidad y la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes¹.

La principal violación de la integridad de las mujeres en la actualidad y, por ende, de su dignidad personal, proviene de los actos que constituyen violencia contra la mujer. Este tipo de violencia, tal y como está conceptuada en las normas y estándares internacionales, no está limitada a una cultura o país determinado, ni a un grupo concreto de mujeres. Es universal, aunque factores, como la raza, la condición económica, la clase social, la cultura o la edad de la mujer, pueden teñir de particularidad las diferentes manifestaciones de esa violencia. Se trata de una violencia específica, estructural, que tiene su origen en la discriminación que sufren las mujeres por razón de su sexo en relación con los hombres y que las coloca en una situación de desventaja en el disfrute de sus derechos humanos. Esta violencia se manifiesta de diferentes formas tanto en la esfera pública como privada. La

¹ FARAMIÑÁN GILBERT, J.M.: “Derecho a la integridad personal” en “El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes”, Cristina Monereo Atienza (Coord.) , José Luis Monereo Pérez (Coord.), Augusto Aguilar Calahorra (Coord.), Granada, 2014, Ed. Comares, p. 17-27, p. 18; GALINDO, J. A.: “Contenido del derecho a la integridad personal” en *Revista Derecho del Estado*. 23 (1), 2009, pp. 89-130, p. 92; O'DONNELL. D.: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Bogotá, Oficina de Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2004, p. 170.

cultura, la tradición y la religión han propiciado la impunidad de las agresiones contra las mujeres y su exclusión del ámbito de control de los Estados.

La violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones –violencia doméstica, mutilación genital femenina, matrimonios infantiles, crímenes de honor, violencias sexuales, trata, etc.- representa, hoy por hoy, uno de los problemas más graves en materia de derechos humanos que afecta alrededor de 1.200 millones de mujeres en todo el mundo. Los datos que aportan los órganos de Naciones Unidas y los organismos especializados de derechos humanos avalan la gravedad del problema y confirman las constantes y persistentes agresiones contra las mujeres en todo el mundo. Así, según el Secretario General de Naciones Unidas, más del 35% de las mujeres de todo el mundo han sufrido violencia física o sexual en algún momento de sus vidas, la mayoría de las veces de manos de su pareja. Según las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, entre 100 y 140 millones de mujeres y niñas en todo el mundo están afectadas por la mutilación genital femenina. Según el Comité CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, más de 720 millones de mujeres y niñas se han casado antes de cumplir los 18 años. Según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 3,7 millones de mujeres europeas han sido víctima de violencia sexual. Según la UNODC, el 71% de las víctimas de trata son mujeres y niñas².

En este trágico contexto de agresiones a la integridad de las mujeres, la respuesta del Derecho Internacional es claramente insuficiente e ineficaz en la prevención, castigo y protección de sus víctimas por tres razones principales: 1) la violencia contra la mujer, en sus diferentes manifestaciones, persiste en todas las regiones del mundo en un nivel

² Corroboran la gravedad de este problema múltiples estudios e informes, entre los que podemos citar: ONU Mujeres: “Hechos y cifras: acabar con la violencia contra las mujeres y niñas”, 2013; Amnistía Internacional: “Hacer los derechos realidad. Campaña para combatir la violencia contra las mujeres”, 2006, Ed. Amnistía Internacional, ProQuest ebrary. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”. Informe del Secretario General de la ONU, A/61/122/Add.1, 6 julio de 2006. Según este estudio una de cada tres mujeres en el mundo sufrirá algún tipo de violencia durante su vida, y una de cada cinco mujeres se convertirá en víctima de una violación o intento de violación. OMS: “La violencia contra las mujeres” Factsheet, número 239, actualizado noviembre 2014. Según este estudio, entre el 15% y el 71% de las mujeres entrevistadas de diez países diferentes habían sufrido violencia física o sexual a manos de su marido o pareja; el 30% de las mujeres de Bangladesh y el 40% de las mujeres sudafricanas habían tenido su primera experiencia sexual de forma no consentida; el 14% de las mujeres habían sufrido violencia física durante su embarazo y 5.000 mujeres en todo el mundo habían sido asesinadas en un año por sus familias en crímenes de honor. El informe de la OMS titulado “Informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia 2014”, afirma que las mujeres, los niños y las personas mayores son las que soportan la mayor parte del maltrato físico y psicológico y los abusos sexuales no mortales. Así, una de cada cinco mujeres había sufrido abusos sexuales en la infancia; una de cada tres mujeres había sido víctima de violencia física o sexual por parte de su pareja en algún momento de su vida. Ambos disponibles en www.who.int (última visita 22/03/2019). Véase también: Campaña del Secretario General de Naciones Unidas lanzada en 2008 “ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres”. Disponible en: <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/take-action/unite> (última consulta 22/03/2019).

preocupante, 2) muchas formas de violencia contra la mujer permanecen aún impunes, y 3) los Estados no cumplen las normas internacionales que prohíben y sancionan la violencia contra la mujer que, en algunos casos, sigue justificándose por motivos culturales, tradicionales o religiosos.

¿Por qué es insuficiente e ineficaz la garantía que ofrece el marco jurídico internacional para proteger la integridad de las mujeres frente a este tipo de agresiones?

Desde fechas muy tempranas el Derecho Internacional se hizo eco de las violaciones de los derechos de las mujeres, pero limitado a dos temas puntuales, el tráfico ilegal internacional con fines de explotación sexual y la esclavitud, y ello de una manera muy pobre e incompleta, sin reparar en las necesidades específicas de protección que requerían las mujeres víctimas de estas situaciones. La DUDH y los grandes Pactos de Derechos Humanos no hacen referencia expresa a la violencia contra las mujeres en ninguna de sus manifestaciones, limitándose a reafirmar formalmente el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el principio de no discriminación por sexo. La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención CEDAW), también conocida como la Carta de Derechos Humanos de las Mujeres, primer instrumento internacional de ámbito universal y carácter vinculante que condena de forma abierta y explícita la discriminación contra la mujer tanto en la esfera pública como privada y que puso en evidencia la insuficiencia del sistema general de derechos humanos para la protección de los derechos de las mujeres, no contempla la violencia contra la mujer como una forma de discriminación contra ella y, por tanto, no garantiza la protección de su integridad. La Convención de los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos han pasado por alto las necesidades específicas de las niñas frente a muchas manifestaciones de violencia que les afectan de manera particular y desproporcionada. Por otro lado, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal ofrecen una respuesta parcial e incompleta a las necesidades específicas de protección que requieren las mujeres especialmente vulnerables a la violencia.

En definitiva, los grandes textos del Derecho Internacional no incluyen una prohibición general de la violencia contra la mujer y no son suficientes para proteger la integridad física y moral de las mujeres que sufren este tipo de agresiones. Esta laguna no se ha suplido mediante la aprobación de una norma universal de carácter vinculante que regule de manera específica esta materia. Tampoco los dos tratados regionales que se han aprobado de manera específica para erradicar la violencia contra la mujer - la Convención interamericana para la erradicación de la violencia contra la mujer, Convención de Belém do

Pará, y el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Convenio de Estambul- consiguen reforzar completamente las normas universales, ni consiguen hacer frente a los vacíos normativos que presentan otros sistemas regionales.

Hasta la década de los años 90 del siglo pasado no se reconoció la violencia contra la mujer basada en su sexo o género como una cuestión de derechos humanos, un problema social y público, del que son responsables los Estados en su prevención, erradicación, investigación, sanción y protección a sus víctimas. Con la aprobación en 1993 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW), precedida de la aprobación de la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW en 1992, la violencia contra la mujer se configura como un tipo de violencia específica - la que se dirige contra la mujer por el hecho de ser mujer o que le afecta de manera desproporcionada- que tiene su origen en la discriminación que sufre la mujer en relación con los hombres y que le impide el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales. La DEVAW y la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW condenan la violencia contra la mujer en todas sus formas y prohíben la invocación de la costumbre, la cultura o la religión como razones para su justificación.

A raíz de la aprobación de estas normas se ha erigido todo un complejo *corpus* jurídico sobre la violencia contra la mujer que se ha caracterizado por el recurso a las normas de *soft law*. Este entramado jurídico, compuesto por una ingente cantidad de normas e instrumentos sin fuerza obligatoria para los Estados, presenta unas características que revelan las insuficiencias de la compleja estructura normativa que ampara la protección internacional de la integridad de la mujer en el siglo XXI. La fragmentación, complejidad y complicada aplicación de las normas vigentes en la materia, el continuo recurso a las normas de *soft law*, las lagunas y vacíos jurídicos de los grandes textos internacionales, la indeterminación de conceptos claves -género, diligencia debida, etc.-, la ausencia de un catálogo claro de obligaciones exigibles a los Estados para erradicar la violencia contra la mujer, y la falta de mecanismos efectivos de rendición de cuentas, son algunos elementos que pueden explicar la insuficiente e ineficaz respuesta del Derecho Internacional en esta materia.

Las debilidades del sistema de protección internacional favorece la falta de aplicación efectiva de las normas internacionales, uno de los principales desafíos en esta materia. Ante este reto que persiste en la actualidad, no es de extrañar que se haya retomado con intensidad en los últimos años un interesante debate en torno a la necesidad de la

adopción por parte de la comunidad internacional de un texto jurídico universal y vinculante que regule de manera integral todos los aspectos relacionados con la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, en todas sus formas y en todos los ámbitos en los que se produce, y que establezca mecanismos eficaces de rendición de cuentas por parte de los Estados. Este debate, en el que están inmersos los órganos y mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas y la sociedad civil, no hace sino poner de manifiesto que el proceso de internacionalización de los derechos de las mujeres, y en particular de su derecho a no ser objeto de ningún tipo de violencia basada en su sexo y género, no está cerrado.

A pesar de la extensa literatura sobre violencia contra la mujer, violencia doméstica y violencia de género, y de sus particulares manifestaciones, pocos estudios internacionalistas ofrecen una visión global y completa del nivel de protección que ofrece el Derecho Internacional contemporáneo a la integridad física y moral de la mujer frente a los actos de violencia basados en su sexo o género. También escasean los estudios que profundicen en el análisis de las causas que propician una deficiente protección en esta materia, dejando a salvo la valiosísima labor de las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, sobre las que se echa en falta estudios académicos que pongan en valor sus importantes contribuciones en este tema. Ante el resurgimiento de una conciencia prácticamente universal que no admite excusas en la erradicación y castigo de los actos violentos contra las mujeres, consideramos de interés científico abordar el complejo y disperso entramado de normas e instrumentos internacionales que regulan esta materia para conocer el alcance real de la protección de la integridad de las mujeres en el Derecho Internacional contemporáneo. Necesitamos saber dónde estamos para saber hacia dónde vamos.

Al interés académico que, en nuestra opinión, tiene esta materia se une nuestra decidida apuesta por el Derecho Internacional como la herramienta más efectiva en la solución de un problema globalizado y universal como es la violencia contra la mujer. Estamos convencidos de que muchos Estados no cambiarán sus leyes, políticas e instituciones sin la orientación de una norma internacional.

El objetivo de esta tesis es, pues, conocer el grado de protección de la integridad física y moral de las mujeres en el Derecho Internacional Público contemporáneo. No se trata de un trabajo sobre la igualdad o la discriminación contra la mujer, aunque se tenga en cuenta el marco discriminatorio como un aspecto que propicia la violencia contra la mujer, pero, insistimos, la igualdad no es el objeto del estudio. Tampoco se trata de un estudio sociológico sobre el feminismo y los movimientos de mujeres, aunque se subraye y

reconozca su importantísima contribución a la defensa de los derechos de las mujeres en general, y de esta materia en particular.

Para alcanzar nuestro objetivo analizamos de manera sistemática y crítica las normas internacionales profundizando en el grado de protección que ofrece el Derecho Internacional Público a la integridad física y moral de las mujeres y poniendo de manifiesto las lagunas normativas en esta materia. Con una visión global señalamos las fallas del sistema que impiden responder con eficacia al problema actual de la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones, apuntando las soluciones que ofrecen la doctrina, los órganos y mecanismos de derechos humanos y la jurisprudencia internacional para que el Derecho Internacional pueda convertirse en una herramienta útil para la protección de los derechos básicos de las mujeres. Nuestra pretensión es proporcionar un poco de claridad en este tema que sirva para abordar la brecha existente entre las normas internacionales y su aplicación efectiva, uno de los principales desafíos de la comunidad internacional en la actualidad.

Hemos optado por ofrecer una visión panorámica de la materia lo más completa posible, lo que nos ha obligado a sacrificar, para no extender en exceso el trabajo, el estudio en profundidad de algunas cuestiones que se apuntan pero no se desarrollan y analizan de forma exhaustiva. Algunos aspectos que tienen que ver con el principio de la debida diligencia o la creación de un nuevo principio consuetudinario que prohíbe la violencia contra la mujer, son dos ejemplos de lo que acabamos de decir, que se abordan de manera limitada, dejando las puertas abiertas a un desarrollo más profundo y extenso *a posteriori*.

En particular, nos proponemos responder a las siguientes preguntas:

¿El ordenamiento jurídico internacional protege suficientemente la integridad física y moral de la mujer?, ¿existen instrumentos jurídicos adecuados para erradicar la violencia contra la mujer?, ¿son suficientes y eficaces para conseguirlo?

En relación con la responsabilidad de los Estados, ¿hay una plena incorporación del enfoque de derechos humanos en esta materia?, ¿qué alcance tienen las obligaciones de los Estados?, ¿es suficiente el principio de la debida diligencia para exigir responsabilidad a los Estados en esta materia?

El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal ¿han consolidado la aplicación del enfoque de género para tener en cuenta las necesidades específicas de protección de las mujeres especialmente vulnerables a la violencia?

¿El Derecho Internacional contemporáneo ha superado la dicotomía basada en el género de la separación de las esferas pública y privada?, ¿ha cuestionado las fronteras entre

lo público y lo privado para entrar a regular violaciones de los derechos de las mujeres en el ámbito privado?

Para abordar estas cuestiones la metodología empleada en el trabajo es la propia de las ciencias jurídicas y del método inductivo. Así, hemos recurrido al análisis sistemático y comparado de textos normativos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, y de las Resoluciones y decisiones adoptadas por los órganos principales de Naciones Unidas. El estudio de estos instrumentos lo hemos completado con las Recomendaciones Generales de los Comités surgidos de los tratados –Comité de Derechos Humanos, Comité del PIDESC, Comité CEDAW, Comité de los Derechos del Niño, Comité contra la Tortura, Comité para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares y Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad-, los instrumentos internacionales de política surgidos en el marco de las Conferencias Mundiales de la Mujer, y los informes de los órganos y mecanismos extraconvencionales de derechos humanos, entre los que destacan por su especificidad los informes de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. El estudio de los textos normativos e informes de organismos internacionales se ha ido enriqueciendo con las opiniones doctrinales y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales.

El análisis del marco normativo teórico se realiza sin perder de vista los dos enfoques que deben primar en esta materia: el enfoque de derechos humanos y el enfoque de género.

El enfoque de derechos humanos trasladado al ámbito de la violencia contra la mujer conlleva importantes consecuencias como refleja el “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” llevado a cabo a instancias del Secretario General de Naciones Unidas”³. Estas consecuencias se extienden, entre otras cosas, a la realización de todos los derechos humanos que se ponen en riesgo; a la protección de los derechos de las víctimas y su acceso a los mecanismos internacionales creados para la defensa de los derechos humanos en general; a la inclusión de diferentes perspectivas para su prevención y eliminación; a la ampliación de la esfera de poder de las mujeres que se convierten en titulares activas de sus derechos; y a la aplicación de una respuesta holística e integral a este problema. Pero, lo más importante, para nosotros, son las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. La perspectiva de derechos humanos permite ampliar y

³ Vid. A/61/122/Add.1, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”. La primera vez que se describió el enfoque basado en los derechos humanos fue en el Entendimiento común de las Naciones Unidas sobre un enfoque basado en los derechos humanos para la cooperación para el desarrollo. “The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies”, 2003. Disponible en: <http://hrbaportal.org/> (última consulta 4/4/2019).

clarificar las normas internacionales que imponen a los Estados obligaciones para prevenir y castigar las violaciones de los derechos humanos haciéndolos responsables de sus incumplimientos. Los Estados están obligados a rendir cuentas por los incumplimientos de sus obligaciones internacionales si no actúan con la debida diligencia en la prevención, investigación, sanción y protección en los casos de agresiones contra las mujeres basadas en su sexo o género.

Por otro lado, la perspectiva de género, según se define en las Conclusiones convenidas 1997/2 del ECOSOC, constituye “un proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles”⁴. El objetivo de esta estrategia es hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como las de los hombres, sean un elemento integrante de todas las políticas y programas con el propósito final de lograr la igualdad real de los géneros. Entre los principios que rigen la aplicación de este enfoque se encuentra el rechazo de la neutralidad desde el punto de vista del género, esto es, que todas las cuestiones que se planteen deben definirse de modo que se puedan diagnosticar las diferencias de género. Esto no anula la necesidad de adoptar políticas y programas o de aprobar normas dirigidas específicamente a la mujer. La aplicación de un enfoque de género es una responsabilidad que se extiende a todo el sistema de Naciones Unidas que debe rendir cuentas de su aplicación.

El enfoque basado en los derechos humanos, que extiende el campo de las obligaciones de los Estados a cuestiones que de otra manera no se tendrían en cuenta, y el enfoque de género, que exige tener en cuenta las experiencias y necesidades específicas de las mujeres, se convierten en revulsivos para el cambio de las estructuras que generan y mantienen la violencia contra la mujer.

El trabajo está dividido en dos Partes principales y en las conclusiones finales.

La Parte Primera del trabajo está dedicada al estudio de la protección de la integridad de la mujer en el sistema universal de derechos humanos y está dividida en cinco Capítulos. En el Capítulo I estudiamos los orígenes de esa protección que se inicia en el Derecho Internacional clásico⁵ con los tratados de trata de blancas aprobados con anterioridad a la

⁴ Vid. ECOSOC, Conclusiones convenidas 1997/2, E/1997/L.30, párrafo 4. Suplemento N°3 (A/52/3/Rev.1).

⁵ Siguiendo la noción de Oráa J. y Gómez Isa, el Derecho Internacional clásico es el Derecho Internacional anterior a 1945, esto es, aquel ordenamiento jurídico que regulaba exclusivamente las relaciones entre los Estados, siendo sólo estos sujetos de Derecho Internacional, únicos titulares de derechos y obligaciones en la esfera internacional. Vid. ORÁA J. y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2008, p.19. Un estudio sobre el proceso de formación histórica del Derecho

constitución de la Sociedad de Naciones. Continúa con los tratados que sobre el mismo tema y la esclavitud fueron aprobados en el seno de la Sociedad de Naciones, y con la acción protectora desplegada, desde su constitución hasta nuestros días, por la OIT en el terreno laboral. Se estudian los aspectos de la Carta de Naciones Unidas y la DUDH que inciden en los derechos de las mujeres y la protección de su integridad y el alcance de los primeros tratados específicos sobre derechos de las mujeres: la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer y la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Cierra el Capítulo I el análisis de los grandes Pactos de Derechos Humanos -el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)- centrándonos en sus mecanismos de protección y en la labor de sus Comités, que con sus decisiones extienden el contenido y alcance de los tratados a aspectos no previstos inicialmente en los mismos, rompiendo el silencio de los textos que no incluyen ninguna referencia explícita a la protección de los derechos que resultan lesionados por actos de violencia contra la mujer.

El Capítulo II analiza los Convenios sectoriales de protección de los derechos de las mujeres y las Conferencias Mundiales sobre la Mujer. El estudio de los Convenios sectoriales incluye no sólo la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención CEDAW), sino también la Convención sobre los Derechos del Niño en la idea de que la protección de la integridad de la mujer frente a los actos de violencia basados en su sexo o género debe abarcar todas las etapas de su vida. De la Convención CEDAW analizamos el concepto de discriminación contra la mujer, las obligaciones de los Estados, el problema de las reservas al tratado y su mecanismo de control. Puesto que el texto del tratado deja fuera de su regulación la violencia contra la mujer como una forma de discriminación de las prohibidas por la norma y ha sido su Comité el que ha suplido esta laguna a través de sus Recomendaciones Generales, los pronunciamientos del Comité CEDAW se contemplan de forma transversal en todos los epígrafes dedicados a la Convención.

En cuanto a la Convención de los Derechos del Niño nos centramos en la protección de la integridad de las niñas que ofrece el texto, con detenimiento en la labor llevada a cabo por su Comité, en colaboración con el Comité CEDAW, al abordar de forma conjunta las prácticas

Internacional en: RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2006, Ed. Tecnos, 6ª ed., pp. 33 a 51.

tradicionales nocivas. El estudio de ambos tratados lo completamos con su implementación en España para conocer en qué medida responde nuestro país a sus obligaciones internacionales en esta materia. Cierra el Capítulo un epígrafe en el que estudiamos los instrumentos internacionales de política aprobados en el seno de las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer, por su influencia decisiva en el tratamiento internacional de la violencia contra la mujer.

El Capítulo III está dedicado a lo que hemos denominado “las piedras angulares de la protección de la integridad de la mujer”: La Recomendación General número 19 del Comité CEDAW y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, la DEVAW. Estas normas, a falta de un convenio de ámbito universal sobre violencia contra la mujer, se convierten en los pilares sobre los que se fundamenta la protección de las mujeres en esta materia. Sin olvidar el importante precedente que supuso la Conferencia de Viena de Derechos Humanos, que reconoció por primera vez que los derechos de las mujeres eran derechos humanos, el Capítulo estudia el alcance y valor de la Recomendación General número 19 -recientemente actualizada por la Recomendación General número 35-, y la DEVAW. De manera pormenorizada se aborda el concepto de violencia contra la mujer como una violencia específica basada en la pertenencia al sexo femenino que tiene como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, y cuyo origen se sitúa en la discriminación que sufre la mujer en relación con los hombres que le impide el disfrute de sus derechos humanos. La responsabilidad de los Estados en orden a la erradicación de todas las manifestaciones de violencia contra la mujer se contempla con el análisis del principio de la debida diligencia. El problema de la rendición de cuentas de los Estados ocupa también un lugar destacado junto con el estudio de lo que algunas autoras consideran el único atisbo de mecanismo de control de la DEVAW, la figura de las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Por último, se hace referencia al debate en el seno de las Naciones Unidas sobre la necesidad de que la comunidad internacional apruebe un nuevo tratado de ámbito universal que regule de manera integral la violencia contra la mujer.

En el Capítulo IV estudiamos el desarrollo del Derecho Internacional y la protección de la mujer frente a algunas formas específicas de violencia. En particular abordamos las formas de violencia que prevalecen en la actualidad y tienen una regulación propia: la violencia en el ámbito de la familia y la violencia doméstica; la mutilación genital femenina; el matrimonio precoz, infantil y forzado; los crímenes de honor; la violación y otras formas de violencia sexual; y la trata de mujeres y niñas. El desarrollo del Derecho Internacional en

esta materia se ha caracterizado por el recurso a las normas de *soft law* que ha conformado un *corpus* jurídico que prohíbe la violencia contra la mujer. A lo largo del Capítulo se estudia el reflejo de esa prohibición en cada una de las manifestaciones de violencia que hemos incluido en el estudio, y el enfoque que prima en la regulación internacional para comprobar en qué medida se ha consolidado la perspectiva de derechos humanos y el enfoque de género.

Todas las formas de violencia contra la mujer son moldeadas por otros factores que afectan a cada mujer en particular y que singulariza la violencia que sufre, por eso, en el Capítulo V abordamos la protección de las mujeres especialmente vulnerables a la violencia. En particular estudiamos las mujeres migrantes, refugiadas, desplazadas y apátridas; las mujeres con discapacidad; y las mujeres en situación de conflicto armado. Indagamos en la protección que ofrece el Derecho Internacional a la integridad de la mujer que se encuentra en estas situaciones, teniendo en cuenta que, en la regulación de estos problemas complejos, que afectan a las mujeres de manera desproporcionada, confluyen normas de Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Analizamos los tratados más importantes en estas materias –Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; Convención para la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares; la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados; los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, etc.-, cuyo estudio se complementa con los instrumentos más importantes de *soft law* aprobados por los órganos principales de Naciones Unidas, entre ellos, las Resoluciones de Consejo de Seguridad del programa sobre mujeres, paz y seguridad-, y las Directrices del ACNUR sobre los refugiados y desplazados forzosos. Nuestra pretensión es comprobar dónde está puesto el foco de atención internacional en estos problemas y conocer si se repara en la vulnerabilidad y necesidades específicas de protección que requieren las mujeres que sufren esas situaciones.

El estudio de la protección de las mujeres en situación de conflicto armado no estaría completo si no se hiciese referencia a la valiosa jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* nacidos a raíz de los conflictos del siglo pasado y a la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya jurisprudencia ha asumido los postulados de estos tribunales. Las aportaciones de los Tribunales internacionales han contribuido a que la protección de las mujeres frente a la violencia basada en su género, en particular frente a la violencia sexual, sea una de las cuestiones que más progresos ha alcanzado en el Derecho Internacional Humanitario.

La Segunda Parte de la tesis se dedica a la protección de la integridad de la mujer en los sistemas regionales de derechos humanos. Pretendemos averiguar si las normas aprobadas en los principales sistemas regionales refuerzan las normas universales en esta materia. Para ello estudiamos no sólo los principales textos de derechos humanos sino también la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de derechos humanos de aquellos sistemas que han establecido este tipo de órganos.

En el Capítulo VI se estudia el marco jurídico europeo constituido por el Consejo de Europa y la Unión Europea. Dentro del apartado correspondiente al Consejo de Europa nos adentramos en el análisis de los dos pilares que han dado lugar al sistema más avanzado de protección internacional de los derechos humanos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta Social Europea. Completamos su estudio con la jurisprudencia del TEDH que ha sido clave en la interpretación del CEDH y en la extensión de las obligaciones de los Estados a los actos de violencia contra la mujer cometidos por particulares. Aunque, sin duda, el refuerzo de la protección de la integridad de las mujeres en el ámbito del Consejo de Europa ha venido de la mano del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, aprobado en 2011. Este tratado que se ha calificado como un “estándar de oro”, un texto *primus inter pares*, se estudia en profundidad, ahondando en su enfoque integral -las denominadas cuatro “P”: prevención, protección persecución y políticas integradas- ; en las definiciones del texto sobre violencia contra la mujer, violencia doméstica y violencia contra las mujeres por razones de género; en la protección ofrecida; en las obligaciones que asumen los Estados; y en la labor de su mecanismo de control –GREVIO-. El estudio se enriquece con un análisis comparativo con su tratado homólogo del sistema interamericano y con el grado de implementación del Convenio en nuestra legislación interna.

El estudio de la UE se fundamenta en el único texto de calado que existe hasta el momento en este ámbito sobre derechos humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en las normas de Derecho derivado que inciden en aspectos de la protección de la integridad de la mujer.

El Capítulo VII se dedica al sistema interamericano de protección de derechos humanos (la OEA) que se describe a grandes rasgos, pero poniendo el acento en el entramado normativo e institucional que consideramos relevante para el objeto de estudio. Este sistema regional dispone de un tratado específico dirigido a la erradicación de la violencia contra la mujer, la Convención de Belém do Pará, que fue aprobada en 1994, por lo que tiene la particularidad de ser el primero en aprobar una norma convencional sobre

esta materia. La Convención de Belém do Pará junto con el Convenio de Estambul son los dos únicos tratados que en la actualidad regulan de manera específica la violencia contra la mujer. En el Capítulo se analiza en detalle los aspectos más importantes de la Convención – el concepto de violencia contra la mujer, la protección ofrecida, las obligaciones de los Estados, los mecanismos de control- junto con la jurisprudencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sido decisiva en el desarrollo de los estándares jurídicos de la región en relación con la protección de los derechos de las mujeres frente a los actos que violan su integridad física y moral. Hemos incluido en el Capítulo un apartado específico sobre el feminicidio o los asesinatos de mujeres por razones de género por tratarse de una forma de violencia contra la mujer que, aunque no es exclusiva de esta región, prevalece de manera preocupante en esta zona del mundo.

El Capítulo VIII va dirigido al estudio del sistema africano de protección, la Unión Africana, y en él se estudia la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y su Protocolo Adicional sobre los Derechos de las Mujeres en África, Protocolo de Maputo, que son los textos en los que se concentra la protección de la integridad de las mujeres en este sistema regional. El Protocolo de Maputo, aunque no es un tratado específico que regule la violencia contra la mujer, incorpora disposiciones que ofrecen una valiosa protección de los derechos de las mujeres, en particular frente a las prácticas tradicionales nocivas –el texto es pionero en la criminalización de la mutilación genital femenina- y frente a las limitaciones de su derecho a la salud sexual y reproductiva. El estudio se completa con la labor llevada a cabo por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos a través de sus Observaciones Generales y Resoluciones que refuerzan la protección de los derechos de las mujeres en África.

Finalmente, el Capítulo IX dedicado a la región de Asia y el Pacífico, la más castigada por la violencia contra la mujer en todas sus formas, se inicia con un análisis general de la protección de los derechos humanos en esta región con el fin de enmarcar la materia objeto de estudio. A continuación, se aborda el estudio del sistema de protección de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) detallando los escasos instrumentos de los que dispone para la eliminación de la violencia contra la mujer y su pobre sistema institucional para la protección de los derechos de las mujeres.

La parte final de la tesis se dedica a las Conclusiones en las que, a raíz del análisis de conjunto, intentamos responder a la pregunta que impulsó la realización de este trabajo:

¿está suficientemente protegida la integridad física y moral de las mujeres en el Derecho Internacional contemporáneo?

Antes de finalizar quiero reservar un espacio personal para agradecer el apoyo y la ayuda recibida para realizar esta tesis. Amigos, compañeros y familia me han acompañado en este largo y sacrificado camino, insuflándome los ánimos que me faltaban en no pocos momentos y ayudándome a sortear los inevitables obstáculos que van apareciendo durante la realización de trabajos de esta envergadura. Sin estos testigos activos, siempre a mi lado, este trabajo no habría sido posible. En especial, gracias a quien comparte mi cotidianidad por su paciencia y cariño incondicional.

Y gracias muy especialmente a mi directora de tesis, la profesora Dra. D^a Ana Salinas de Frías, por su magnífica guía y por sus consejos siempre tan atinados. Este trabajo no hubiese sido posible de ninguna manera sin su generosidad, estímulo y magisterio. Ella me ha abierto las puertas del Área de Derecho Internacional Público en el que he encontrado la amable ayuda de compañeros con los que he podido compartir esta grata experiencia académica. Y ella también ha hecho posible que fructifique la semilla de mi interés y entusiasmo por el Derecho Internacional Público que en una época ya tan lejana me inculcó el inolvidable profesor Rodríguez Carrión.

**PARTE PRIMERA. - LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA
MUJER EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.**

CAPÍTULO I.- DE LOS ORÍGENES A LOS PACTOS.

Los derechos de las mujeres forman parte del proceso de internacionalización general de los derechos humanos iniciado básicamente a partir de la segunda mitad del siglo pasado¹, si bien su reconocimiento explícito se llevó a cabo de forma tardía en regulaciones sectoriales y, por lo general, en instrumentos jurídicos de carácter no vinculante para los Estados. Este proceso de internacionalización de los derechos de las mujeres, y en particular de su derecho a no ser objeto de ningún tipo de violencia basada en su sexo y género, no está cerrado. En la actualidad, uno de los grandes debates gira en torno a la necesidad de la adopción por parte de la comunidad internacional de un texto jurídico vinculante que regule de manera integral todos los aspectos relacionados con la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, en todas sus formas y en todos los ámbitos en los que se produce. En opinión de Salinas de Frías, las iniciativas en pro de la protección de los derechos humanos en general, incluyendo específicamente los de la mujer, cubren aún hoy día un espectro muy limitado de derechos como pone de relieve el hecho de que no existe instrumento jurídico alguno en Derecho internacional que prohíba y sancione los malos tratos a las mujeres².

En el Derecho Internacional clásico, entendido éste como el Derecho Internacional anterior a 1945, las personas no eran titulares de derechos en la esfera internacional; no eran sujetos, sino objetos del Derecho Internacional, de ahí que fuese una cuestión interna de cada Estado la manera en que éste trataba a sus nacionales, sin que ningún otro Estado pudiera intervenir a su favor. Este principio general de no intervención tuvo algunas excepciones relevantes -principalmente en el ámbito del

¹ La fecha clave de la internacionalización de los derechos humanos fue el año 1945, fecha de constitución de las Naciones Unidas. Los horrores acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial pueden explicar la evolución hacia la internacionalización de los derechos humanos, aunque no es el único factor que, en opinión de los autores, nos ayuda a entender este proceso, ya que en el período entreguerras surgieron iniciativas que apuntaban a la necesidad de una protección internacional de los derechos humanos. A este respecto, Burgers señala que, aunque entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial la mayor parte de los gobiernos no eran partidarios de aceptar obligaciones de Derecho Internacional en relación con el tratamiento de sus propios ciudadanos, una postura diferente se fue desarrollando entre los estudiosos de esta rama del Derecho. Sean o no las consecuencias de la guerra el único factor del proceso de internacionalización de los derechos humanos, lo que sí parece evidente, como destaca la doctrina, es que la tragedia que supuso la Segunda Guerra Mundial sirvió como catalizador de todas las fuerzas que clamaban por un reconocimiento internacional de los derechos humanos. En la actualidad nos encontramos en una fase de internacionalización de los derechos humanos que, según los autores, es aquella en la que los derechos humanos han sido objeto de proclamación en el ámbito de diversas organizaciones internacionales, una vez que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos han procedido ya a su reconocimiento. Vid. ORÁA J. y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p. 17 y ss.; BURGERS, JH.: "The Road to San Francisco: the Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century" en *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, p. 450.

² SALINAS DE FRÍAS, A.: "Herramientas internacionales para la consecución de la igualdad real de mujeres y hombres" en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VIII, 2007, Universidad del País Vasco, pp. 69-94.

Derecho Humanitario³- en las que comenzaron a surgir límites a la soberanía absoluta de los Estados que empezaban a asumir ciertas obligaciones internacionales en relación con los derechos humanos más básicos.

1.- LOS TRATADOS PREVIOS A LA SOCIEDAD DE NACIONES: LA TRATA DE BLANCAS.

En los años previos a la constitución de la Sociedad de Naciones se aprobaron dos acuerdos internacionales que abordaron, en cierto modo, la protección de las mujeres, si bien, restringida al tráfico ilegal internacional con fines de explotación sexual. El primero de ellos, celebrado el 18 de mayo de 1904, se dirige a la supresión del tráfico de trata de blancas⁴. Este tratado se elaboró con el fin de proteger a las mujeres y niñas blancas del tráfico criminal conocido con el nombre de “trata de blancas”, que consistía en su comercialización internacional con fines de explotación sexual, o *finés inmorales* según la expresión utilizada en el tratado⁵. Los Estados debían adoptar medidas dirigidas a controlar y a detectar el tráfico de mujeres y niñas que se trasladaban y comercializaban para ejercer la prostitución, de tal manera que su compromiso se reducía básicamente a la vigilancia e investigación con el fin de obtener datos que condujesen al descubrimiento de este tráfico criminal. La protección que ofrecía el Acuerdo a las mujeres y niñas víctimas de la trata consistía, básicamente, en su repatriación⁶.

³ ABRISKETA, J.: *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*, Alberdania, Zarautz, 2005; DOSWALD-BECK, L. y VITE, S.: “Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 18, marzo-abril 1993, pp. 99-126. También disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlln.htm> (última consulta 25/03/2019).

⁴ International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 18 May 1904. España está incluida en la lista de países que ratificaron el Acuerdo proporcionada por el Gobierno de Francia en el momento de la transferencia al Secretario General de las funciones de depositario con respecto al Acuerdo. Todos los Tratados de Naciones Unidas disponibles en *United Nations, Treaty Series*, <https://treaties.un.org/> (última consulta 25/03/2019).

⁵ *Ibidem*, artículo 1.

⁶ *Ibidem*, artículo 2. Cada Estado firmante del Acuerdo se obligaba, en virtud de éste, a designar una autoridad encargada de la coordinación de toda la información relativa al tráfico ilegal de mujeres y niñas; a mantener puestos de vigilancia -especialmente en estaciones de tren, puertos y en ruta-; y a tomar declaración a las mujeres o niñas extranjeras que ejerciesen el sexo para establecer su identidad, estado civil y el motivo que les hubiese llevado a salir de su país, a efectos de proceder a su repatriación. Los gobiernos firmantes se comprometían a devolver a su país de origen a aquellas mujeres y niñas que así lo desearan, o que pudiesen ser reclamadas por las personas que ejercían autoridad sobre ellas. La repatriación únicamente tenía lugar si había acuerdo o entendimiento sobre la identidad y la nacionalidad de la mujer o niña, así como sobre el lugar y la fecha de llegada a las fronteras. Para llevar a cabo la repatriación cada Estado debía facilitar el tránsito a través de su territorio. En caso de que la mujer o niña que iba a ser repatriada no tuviese medios económicos propios, ni tampoco su marido, familiares o tutores, el coste de la repatriación corría a cargo de su país de residencia o de su país de origen.

Fruto de la II Conferencia de París fue la adopción de la Convención Internacional para la supresión del tráfico de la trata de blancas, de 4 de mayo de 1910.⁷ Este tratado se elaboró con el fin de reprimir más eficazmente dicho tráfico incorporando aspectos punitivos. Así, a diferencia del acuerdo anterior, la Convención definía en sus artículos 1 y 2 los actos calificados como tráfico de trata de blancas y establecía la obligación de castigar a sus autores.⁸ Conforme a estas disposiciones, aquella persona que, con el fin de satisfacer las pasiones de otra, hubiese contratado, secuestrado o seducido a una mujer o a una joven menor de edad incluso con su consentimiento, *con fines inmorales* -conforme a la terminología del tratado-, debía ser castigada, y ello aún cuando los diversos actos constitutivos de la infracción se hubiesen cometido en diferentes países. Del mismo modo debía ser castigada cualquier persona que con el mismo fin realizase estos actos mediante fraude, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coacción. Sostiene Orbegozo que el fenómeno conocido como “trata de blancas” incluía a las migraciones laborales femeninas que en su mayoría eran voluntarias y con una única finalidad, la prostitución. De hecho, afirma esta autora, las investigaciones históricas contemporáneas coinciden en que el número real de víctimas de trata no era muy cuantioso y que los discursos de la trata han tenido una gran influencia en la construcción social de la migración femenina y el trabajo sexual⁹.

De estos tratados precursores, en cierto modo, de la protección de las mujeres en el ámbito internacional podemos extraer algunas reflexiones. En primer lugar, en relación con las personas protegidas, ambos tratados incluyen a las niñas junto con las mujeres como víctimas del tráfico ilegal, y les ofrecen la misma protección. Pero no todas las mujeres y niñas son merecedoras de protección sino exclusivamente las mujeres blancas, señal del culto ególatra que profesaba la sociedad occidental, y por

⁷ International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, May 4, 1910. España está incluida en la lista de países que ratificaron el Acuerdo proporcionada por el Gobierno de Francia en el momento de la transferencia al Secretario General de las funciones de depositario con respecto al Acuerdo. El Acuerdo de 18 de mayo de 1904 y la Convención Internacional de 1910 fueron modificados por el Protocolo firmado en Nueva York el 4 de mayo de 1949 –Protocol amending the International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 18 May 1904, and the International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 4 May 1910-, en virtud del cual las funciones ejercidas por el Gobierno de la República francesa, en virtud de dichos instrumentos, se traspasaron a las Naciones Unidas. España no ha ratificado dicho Protocolo.

⁸ International Convention for the Suppression... 1910, cit. supra, artículo 1.

⁹ ORBEGOZO ORONÓZ, I.: “La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una perspectiva victimológica y de género” en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN y M. POELEMANS (Coord.), Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, pp.107-136.

ende, la comunidad internacional de la época. En segundo lugar, resulta llamativo que los primeros tratados que protegen a las mujeres se elaboren exclusivamente para evitar el tráfico con fines de explotación sexual -o fines inmorales según los tratados- lo que revela la preocupación de la comunidad internacional del momento con la prostitución y el tráfico sexual que, en nuestra opinión, está enmascarando otra realidad: la de las migraciones laborales femeninas y voluntarias. Y, en tercer lugar, la precaria protección ofrecida a las mujeres que son víctimas de ese tráfico, a las que los tratados les ofrecen básicamente su repatriación.

2.- LA SOCIEDAD DE NACIONES.

La acción en el seno de la Sociedad de Naciones, cuyo acuerdo constitutivo no hacía referencia explícita a los derechos humanos¹⁰, se limitó en lo que respecta a la protección de la integridad de las mujeres a dos campos: el tráfico de mujeres y la esclavitud.

Un hecho que pudo haber tenido una especial repercusión en la protección de los derechos de las mujeres si hubiese persistido en el tiempo, fue la constitución, por parte del órgano plenario de la Sociedad de Naciones, de un Comité de Expertos sobre la Situación Jurídica de las Mujeres. A este Comité se le encargó realizar una investigación sobre la situación de la mujer en varios países del mundo¹¹. El

¹⁰ El Pacto que instituyó la Sociedad de Naciones estaba incluido en la Parte I del Tratado de Versalles firmado el 28 de junio de 1919 entre Alemania y las potencias vencedoras, estableciendo las definitivas condiciones de la paz tras la Primera Guerra Mundial. Texto en español disponible en: <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol> (última consulta el 25/03/2019). La entrada de España a la Sociedad de Naciones fue autorizada por las Cortes y sancionada por el rey el 16 de agosto de 1919 (Gaceta de Madrid núm. 228, 16/98/1919, p. 546). Sobre la Sociedad de Naciones, véase WALTERS, F.P.: *Historia de la Sociedad de Naciones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1971; BLEDSOC, G.B.: "La oficina española de la Sociedad de Naciones" en *Revista de Política Internacional*, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1973, pp. 123-132.

Oráa J. y Gómez Isa señalan la ausencia en el Pacto de una mención explícita a los derechos humanos. ORÁA J. y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op. cit., p. 22. El Pacto recogía, sin embargo, algunas referencias embrionarias a la igualdad entre hombres y mujeres. Estas alusiones estaban relacionadas exclusivamente con el acceso a las funciones y servicios dentro de la organización (artículo 7.3 del Pacto) y a las condiciones de trabajo que debían mantener los Estados miembros dentro de sus territorios, condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño (artículo 23^a). Es más que probable que la incorporación de las citadas disposiciones se deba a la iniciativa de las propias mujeres. Así lo apunta Rodríguez Manzano cuando afirma que la participación de las organizaciones de mujeres - en particular la Inter-Allied Suffrage Conference- en la Conferencia de Paz de París de 1919, posibilitó la incorporación de algunas de sus propuestas al Pacto de la Sociedad de Naciones. RODRÍGUEZ MANZANO, I.: *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz*, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008, p. 16.

¹¹ LN Assembly, 16th Session, Official Records, *Status of Women: Communication from fifteen Delegations Regarding the Placing of the Above Matter on the Assembly's Agenda*, Annex 3, Off n° A.8 1937V (1937), pp. 45 y 46.

establecimiento de este órgano reflejaba, en palabras de Rodríguez Manzano, *el convencimiento de que la Sociedad de Naciones debía responder de alguna manera a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres en el agitado clima de la época*¹². El Comité, formado por cuatro mujeres y tres hombres, no se limitó únicamente a recopilar información sobre las áreas encomendadas, sino que también analizó esa información con el objeto de formular recomendaciones para la mejora de la situación de las mujeres. La vida del Comité, sin embargo, fue muy corta y sólo pudo reunirse dos veces antes de extinguirse por el estallido de la Segunda Guerra Mundial.

Los esfuerzos para combatir la denominada trata de blancas continuaron en el seno de la Sociedad de Naciones mediante la adopción de nuevos Acuerdos que impulsaron la cooperación internacional en la lucha contra todas las formas de trata de mujeres y que fueron ampliando progresivamente la protección de las víctimas. Con este propósito se firmó en Ginebra en 1921 la Convención Internacional para la supresión del tráfico de mujeres y niños¹³ y, pocos años más tarde, en 1933, se aprobó la Convención dirigida específicamente a la supresión del tráfico de mujeres mayores de edad¹⁴.

La Convención de 1921 ya no menciona la trata de blancas como específicamente hacían los acuerdos previos a la Sociedad de Naciones, sino que habla de tráfico de mujeres y niños. Esta evolución terminológica -de la trata de blancas al tráfico de mujeres y niños- no es baladí porque implica la ampliación de los sujetos protegidos -víctimas de este tráfico- que ya no tienen que ser necesariamente las mujeres y niñas blancas, sino las mujeres en general y los niños de ambos sexos. El tratado, sin embargo, no incluyó una nueva definición de tráfico de mujeres y niños, y los actos considerados delictivos seguían siendo los mismos que contemplaron los tratados de principios del siglo XX, esto es, la comercialización internacional con fines de explotación sexual. Y en orden a suprimir este comercio ilícito, los Estados se comprometían a adoptar medidas para descubrir y enjuiciar a las personas involucradas

¹² Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 17.

¹³ International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, concluded at Geneva on 30 September 1921. Ratificada por España, 12 de mayo de 1924.

¹⁴ International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age, concluded at Geneva on 11 October 1933. Firmada por España pero no ratificada. Tanto esta Convención como la anterior de 1921 fueron modificadas por el Protocolo de 12 de noviembre de 1947, en virtud del cual las funciones y poderes que ambos textos atribuían a la Sociedad de Naciones se transfirieron a Naciones Unidas. Protocol signed at Lake Success, New York, on 12 November 1947, to amend the Convention thje Suppression of the Traffic in Women and Children, concluded at Geneva on 30 September 1921, and the Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age, concluded at Geneva on 11 October 1933. España no es parte del Protocolo de 1947.

en el mismo, garantizar el castigo de la tentativa y de los actos preparatorios de dichos delitos, y extraditar a las personas acusadas o condenadas por dichos actos. Como medidas de protección novedosas la Convención contemplaba, entre otras, la inclusión de avisos y advertencias del peligro de este tipo de tráfico, y la elevación de la edad para alcanzar la mayoría de edad, que se fijó en veintiún años frente a los veinte que contemplaban los anteriores Acuerdos sobre la materia, ampliando de este modo la protección de los menores frente al tráfico¹⁵.

Tampoco la Convención de 1933 dirigida exclusivamente a regular el tráfico de mujeres mayores de edad incorporó un concepto diferente de tráfico al establecido en los acuerdos anteriores sobre la trata de blancas. Así, conforme a su artículo 1, debía ser castigado: “Whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed or led away even with her consent, a woman or girl of full age for immoral purposes to be carried out in another country, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries”¹⁶. En virtud de este Convenio, los Estados se comprometieron a adoptar las medidas necesarias en su legislación interna para garantizar el castigo de estos hechos de acuerdo con su gravedad, así como a intercambiar información sobre cualquier persona que hubiese cometido, o intentado cometer, los delitos referidos tanto en esta Convención como en los anteriores tratados¹⁷.

No sólo el tráfico de mujeres fue objeto de regulación en el seno de la Sociedad de Naciones, también lo fue la esclavitud -estado que afectaba en gran proporción a las mujeres-¹⁸. Así, en 1926 se adoptó la Convención sobre la Esclavitud con el fin de eliminarla de manera progresiva y de prevenir y reprimir la trata de esclavos.¹⁹ Aunque

¹⁵ International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, cit.supra, artículos 2 y ss.

¹⁶ International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age, cit. supra, artículo 1.

¹⁷ *Ibidem*, artículos 2 y 3.

¹⁸ Algunos estudios sobre las mujeres esclavas: PIQUERAS FRAILE, M^a R.: “La esclava negra americana del siglo XIX, la gran marginada” en *Revista Internacional de Culturas & Literaturas*, número 1, 2008, pp. 22-26; MALLO, S.C.: *Mujeres esclavas en América a fines del siglo XVIII: una aproximación historiográfica*, Universidad Nacional de La Plata, 2001, disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/aladaa/mallo.rtf> (última consulta 25/03/2019).

¹⁹ Convención sobre la esclavitud, Ginebra 25 de septiembre de 1926. Ratificada por España el 12 de septiembre de 1927 (“Gaceta” de fecha 22/12/27). El texto define la esclavitud como el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. La trata de esclavos, por su parte, consiste en la captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos. La Convención regula también el trabajo forzoso u obligatorio -que era legal y estaba permitido en esa época- incluyendo el compromiso de los Estados de adoptar medidas para evitar que ese tipo de trabajo llevase consigo condiciones análogas a la esclavitud. Véanse, artículos 1, 2 y 5 de la Convención.

la Convención no va dirigida específicamente a las mujeres esclavas, ni recoge ninguna cláusula especial de protección hacia ellas, el tratado les afectaba en la medida que les permitía salir de las situaciones que el tratado incriminaba. Esta Convención tuvo que ser ampliada en 1956, ya en el marco de las Naciones Unidas, mediante una Convención Suplementaria dirigida a intensificar los esfuerzos nacionales e internacionales encaminados a abolir la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, entre las que se incorporaron dos que afectan de manera particular a las mujeres: los matrimonios forzados y la venta de esposas²⁰. Así, conforme al artículo 1c) de la Convención Suplementaria se consideraron prácticas análogas a la esclavitud aquellas en las que: “i) una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas. ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera. iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.” Para poner fin a estas prácticas, los Estados se comprometieron, conforme al artículo 2 del tratado a “prescribir, allí donde proceda, edades mínimas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimiento que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro”²¹. El compromiso de los Estados, pues, no se materializó en una obligación exigible de forma inmediata ni tampoco en la incriminación de dichas prácticas -como sí ocurría, en cambio, con el transporte de esclavos, que los Estados debían castigar con penas severas y llevar a cabo su supresión sin dilaciones- sino que se limitaba a la adopción de medidas para lograr progresivamente la abolición de estas prácticas esclavistas.

Junto a los matrimonios forzados y la venta de esposas, persisten hoy día otras formas de esclavitud que afectan a las mujeres de manera particular. Así se apunta en relación con algunas formas actuales de trata, la prostitución, prácticas que afectan a las trabajadoras migratorias o el incesto, ejemplos de prácticas incluidas en lo que se

²⁰ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Adoptada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor el 30 de abril de 1957. Ratificado por España (BOE núm. 311 de 29-12-1967).

²¹ Convención suplementaria... cit. supra, artículos 2 y 3.1.

denomina la nueva esclavitud o *modern slavery*²². Para Bales y otros autores -que cifran en veintisiete millones las personas esclavizadas en el mundo- la nueva esclavitud se caracteriza por constituir una relación en la que una persona es controlada por otra a través del empleo de la violencia, la amenaza de violencia o la coacción psicológica, con la consiguiente pérdida de voluntad y libertad de movimiento e identifican cuatro formas de esclavitud moderna: la esclavitud prendaria -la más parecida a la tradicional-, la esclavitud por endeudamiento -la forma más habitual de la moderna esclavitud-, la esclavitud contractual, y el trabajo forzoso impuesto por una autoridad oficial²³.

Villacampa Estiarte afirma que la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos constituye una norma de *ius cogens* de Derecho Internacional, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan²⁴. La consideración de la prohibición de la esclavitud como una norma imperativa de Derecho Internacional es, a nuestro juicio, muy importante, si tenemos en cuenta dos aspectos: a) la existencia de formas de esclavitud contemporáneas que afectan desproporcionadamente a las mujeres, y que requieren la reformulación del concepto de esclavitud que ha permanecido inalterado desde que se intentó su abolición en 1926; y b) la inexistencia de mecanismos de supervisión y control de los tratados que regulan la abolición de la esclavitud y sus prácticas análogas, lo que obliga -y así lo apuntan los mecanismos de derechos humanos- a la adopción de medidas para contrarrestar este vacío y al establecimiento por parte de los Estados de salvaguardias contra todas las formas contemporáneas de esclavitud²⁵.

Como sabemos, las normas imperativas, con efectos *erga omnes* o normas de *ius cogens* son aquellas que protegen valores fundamentales de la comunidad internacional

²² BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España Editores S.A., F. Borrajo Castanedo (tr.), Madrid, 2000, p. 7 y ss. Véase también: HR/PUB/02/4, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, DAVID WEISSBRODT y la Liga contra la Esclavitud: “La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas”, Nueva York y Ginebra, 2002. Para Bales la esclavitud es un fenómeno consustancial a la humanidad que ha tenido diferentes manifestaciones a lo largo de la historia, en función del espacio y del tiempo. Tras la Segunda Guerra Mundial, principalmente a causa de la explosión demográfica y la globalización económica, se generó un cambio en la configuración de las relaciones de esclavitud, ese cambio se explica fundamentalmente por la aplicación de las leyes de mercado, lo que ha dado lugar a que se incremente la oferta de personas explotables, a causa del aumento demográfico y las pésimas condiciones de vida de gran parte de la población mundial, al tiempo que el precio de estas personas ha caído en picado.

²³ BALES, K., TRODD, Z., WILLIAMSON AK: *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oxford, Oneworld, 2009, pp. 31-36.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 153-157.

²⁵ HR/PUB/02/4, Oficina del Alto Comisionado, cit. supra, párrafos 188-189.

constituyendo un límite a la voluntad soberana de los Estados²⁶. Aunque no existe un catálogo de este tipo de normas en Derecho Internacional²⁷, tanto la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos²⁸, como la doctrina²⁹ y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia -el caso más representativo de la Corte sobre este tema es el caso *Barcelona Traction*³⁰- consideran la prohibición de la esclavitud una norma de *ius cogens*. Además de la esclavitud, también hay consenso en considerar la prohibición de tortura y otras normas que regulan derechos fundamentales e imprescindibles para la existencia misma de la sociedad -por ejemplo, el derecho a la vida y la dignidad de la persona humana- como normas imperativas o de *ius cogens*³¹. El incumplimiento de este tipo de normas genera responsabilidad internacional para el Estado infractor e implica a todos los demás Estados y a la comunidad internacional en su conjunto. Así, conforme a los artículos 40 y 41 del proyecto de artículos de la CDI, los Estados deben cooperar para poner fin a toda violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa y ningún Estado puede reconocer como lícita la

²⁶ Es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el que alude a la norma imperativa del Derecho Internacional general como aquella “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), U.N. Doc A/CONF.39/27, 23 mayo 1969, instrumento de adhesión de España de 2 de mayo de 1972, (BOE número 142, 13/6/1980).

²⁷ QUISPE REMÓN F.: “Las normas de *ius cogens*: ausencia de un catálogo” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, 2012, pp. 143-183. Para la autora los rasgos que caracterizan estas normas son: inderogabilidad, imperatividad, reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto, irretroactividad, mutabilidad, universalidad y respeto de la persona humana, y el hecho de tratarse de normas minoritarias.

²⁸ A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, proyecto de artículos y comentarios correspondientes sobre la responsabilidad de los Estados, Doc. A/56/10, 2001.

²⁹ Entre los autores de referencia que han tratado esta materia podemos citar a: CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1976; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho Internacional Público*, Parte General, Trotta, 1999; REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público 1. Principios fundamentales*, Tecnos, 1ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1983; SALINAS DE FRÍAS, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2ª ed., Madrid, 2019; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Lecciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., pp. 72-74; CASADO RAIGÓN R. y VÁZQUEZ GÓMEZ, E.: “La impronta del *ius cogens* en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos” en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, 2005; BROWNLEE, I.: *Principles of public international law*, 5 ed., Clarendon Press, Oxford 1998, pp. 514-517.

³⁰ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* Judgment 5 febrero 1970, párrafos 33 y 34.

³¹ Sobre los derechos fundamentales como normas imperativas, véase VAN BOVEN, TC.: “Estudio del Derecho Internacional positivo sobre derechos humanos” en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, vol. I, Karel Vasak, Serbal/Unesco, 1984, p. 163, citado por QUISPE REMÓN, F.: “Las normas de *ius cogens*...”, op. cit., p. 173.

situación creada por esta violación ni prestará ayuda o asistencia para mantener dicha situación³². Las exiguas consecuencias establecidas en el proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos -los artículos citados no establecen, por ejemplo, una sanción para el Estado infractor- no se corresponden con la magnitud que supone la violación de estas normas. Por ello, para que estas normas resulten eficaces y se cumplan, se requiere no solo su identificación y positivización sino también el establecimiento de mecanismos y procedimientos institucionalizados capaces de decidir cuándo un acto o comportamiento de un Estado es contrario a la norma imperativa y cuáles son las consecuencias de su violación³³.

A nuestro juicio, por consiguiente, la prohibición de las formas de violencia contra la mujer que se configuran como modernas formas de esclavitud, y en general la prohibición de la violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones constituyen normas de *ius cogens* porque preservan los valores esenciales de la comunidad internacional, en particular, la vida y la dignidad humana, y, en consecuencia, todos los Estados y la comunidad internacional en su conjunto tienen el deber de respetar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha pronunciado en este sentido y en los casos *Espinoza contra Perú* y *Veliz Franco contra Guatemala* consideró que los actos de violencia de género que sufrieron las demandantes -violencia sexual en el primer caso y homicidio por razón de género de una menor en el segundo-, en un contexto de violencia contra las mujeres, constituyeron actos de tortura y discriminación cuya prohibición absoluta pertenece al dominio del *ius cogens* internacional³⁴.

Podemos apuntar, por tanto, que, aunque de manera muy incipiente, la comunidad internacional en el seno de la Sociedad de Naciones se va haciendo eco de las violaciones de los derechos de las mujeres en dos temas puntuales que preocupan a la sociedad de esa época: la trata y la esclavitud. Así, en relación con la trata de mujeres, y aunque el enfoque continúa siendo predominantemente punitivista, los dos últimos

³² A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, cit. supra, artículos 40 y 41. Comentario de la CDI al Capítulo III.

³³ Vid. QUISPE REMÓN, op. cit., p. 182.

³⁴ Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*, 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 62 y 195; *Veliz Franco vs. Guatemala*, 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 205. Sobre la incorporación del *ius cogens* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase: CEPEDA RODRÍGUEZ, E.: "Interrelación entre el *ius cogens* y el Derecho Blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional" en *Revista de Derecho Público*, N° 36, enero-junio 2016, pp. 1-26, p. 10.

tratados ampliaron el ámbito subjetivo y el ámbito material de las normas existentes, en relación con las personas protegidas y con los actos que se consideraban delictivos. Las normas elaboradas para la eliminación de la esclavitud y trata de esclavos añadieron una mayor protección a las mujeres que se encontraban en situación de esclavitud. Sin embargo, la regulación de la trata y la esclavitud en esta primera época es pobre e incompleta y no repara en las necesidades específicas de las mujeres víctimas de estas situaciones. Ambos problemas -trata y esclavitud- serán “heredados” por la futura Organización de Naciones Unidas que se verá impelida a abordar de nuevo su regulación.

3.- LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

La Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919 instituyó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con el objetivo primordial de mejorar las condiciones laborales de las personas que trabajaban por cuenta ajena³⁵. Su texto fundacional ya contemplaba entre los principios rectores de la organización algunos aspectos relativos a la promoción y protección de la mujer en el terreno laboral. Así, los Estados firmantes del tratado reconocieron que el bienestar físico, moral e intelectual de los trabajadores asalariados era de una importancia esencial, y establecieron -junto al principio nuclear de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio- el principio de igualdad de salario entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor³⁶.

³⁵ Tratado de Versalles, cit. supra, Parte XIII del Tratado de Versalles, artículos 387 a 399. En la actualidad 187 Estados son miembros de la OIT. España ha formado parte de la OIT desde su fundación en 1919 hasta 1941 y desde el 28/05/1956 hasta la actualidad (Gaceta de Madrid, núm. 228, de 16/08/1919, p. 546). El alejamiento en 1941 fue debido a la dictadura franquista. Las actividades de la oficina de la OIT en España no comenzaron hasta 1986, tras el acuerdo de sede entre el Gobierno de España y la OIT de 8 de noviembre de 1985. Dato disponible en: <http://www.ilo.org/madrid/oit-en-espa%C3%B1a/lang-es/index.htm> (última consulta 09/04/2019).

³⁶ Parte XIII del Tratado de Versalles, cit. supra. La Sección Segunda contempla los Principios Generales de la Organización. Véase, artículo 427.7. Es importante destacar la regulación tan temprana en un texto internacional del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres por igual trabajo, que en la actualidad se sigue reivindicando en muchos sectores económicos. No obstante, este principio no se plasmará en un instrumento jurídico vinculante hasta 1951 cuando la OIT adoptó el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, que es uno de los ocho Convenios fundamentales de la OIT, esto es, los que contemplan derechos considerados fundamentales en el trabajo. Este Convenio fue ratificado por España en 1967. C100 Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado por la Conferencia General de la OIT en su trigésima cuarta sesión de 29 de junio de 1951, en vigor desde 23 de mayo de 1953 (Convenio núm. 100). Ratificado por España el 26 de octubre de 1967 (BOE núm. 291 de 4 de diciembre de 1968).

Los primeros Convenios -aún en vigor- y las primeras Recomendaciones adoptadas en el seno de la organización³⁷, tuvieron un marcado carácter protector en relación con las mujeres trabajadoras. Tal es el caso del Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto de 1919; el Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres de 1919; el Convenio relativo al empleo de las mujeres en trabajos subterráneos de toda clase de minas de 1935; y las Recomendaciones sobre la protección de las mujeres y niños contra el saturnismo y sobre el trabajo nocturno de las mujeres en la agricultura de 1919 y 1921, respectivamente³⁸. De esta época temprana de la organización, es interesante hacer mención al Convenio para la abolición del trabajo forzoso u obligatorio que, aunque no se elaboró expresamente con un objetivo protector hacia las trabajadoras, les afectaba de manera particular, por las numerosas prácticas que entrañan violencia contra la mujer y que encubren este tipo de trabajos. Ya hemos apuntado que el trabajo forzoso predomina en algunas formas de esclavitud moderna que afectan a las mujeres de manera desproporcionada como, por ejemplo, algunas formas actuales de trata. El citado Convenio obliga a los Estados a suprimir, lo más pronto posible, el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, definiendo éste como el que se exige a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. El trabajo forzoso u obligatorio no se abolió definitivamente hasta más tarde, a mediados del siglo veinte, para lo que hizo falta la redacción de un nuevo Convenio.³⁹

Se han señalado tres factores que explican la actividad tutelar de la OIT hacia la mujer: el papel activo de las organizaciones de mujeres de la época y el significado que

³⁷ Hasta la fecha la OIT ha aprobado 189 Convenios, 6 Protocolos y 204 Recomendaciones. Todos ellos disponibles en web oficial de la OIT: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es> (última consulta 09/04/2019).

³⁸ C003 Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en Washington, 1ª reunión CIT, 29 noviembre 1919, ratificado por España mediante Ley de 13 de julio de 1922 («Gaceta» núm. 196, de 15 de julio); C004 Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres, adoptado en Washington, 1ª reunión CIT, 28 noviembre 1919, ratificado por España mediante Ley de 8 de abril de 1932 («Gaceta» núm. 105, de 14 de abril); C045 Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), adoptado en Ginebra, 19ª reunión CIT, 21 junio 1935, ratificado por España el 12 de junio de 1958 («BOE» núm. 200, de 21 de agosto de 1959) y denunciado por España el 14 de abril de 2008; R004 Recomendación sobre el saturnismo (mujeres y niños), adoptada en Washington, 1ª reunión CIT, 28 noviembre 1919, y R013 Recomendación sobre el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura), adoptada en Ginebra, 3ª reunión CIT, 15 noviembre 1921. Todos estos Convenios han sido ratificados por España y están en vigor, salvo el relativo al empleo de las mujeres en trabajos subterráneos de toda clase de minas, que fue denunciado en 2008 por el gobierno español.

³⁹ C029- Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (Entrada en vigor: 01 de mayo 1932) Adopción: Ginebra, 14ª reunión CIT (28 junio 1930). Ratificado por España el 28-6-1930 («Gaceta» 28-6-1930). C105- Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Entrada en vigor: 17 de enero 1959) Adopción: Ginebra, 40ª reunión CIT (25 junio 1957). Ratificado por España el 26-10-1967 (BOE 04-12-1968). Véanse, artículos 1 y 2.

atribuían a la protección; la concepción de la mujer en la que primaba su rol de madre y esposa; y las duras condiciones de trabajo de ese tiempo⁴⁰. El modo particular de entender la protección de las mujeres trabajadoras en este momento histórico por parte de la OIT, no estuvo exento de críticas. Así, se achacaba a la organización que limitara y prohibiera el empleo de las mujeres en determinados trabajos, y que relegara a un segundo plano los esfuerzos para mejorar las condiciones laborales de todos los trabajadores, contribuyendo de esta manera a preservar el papel de las mujeres en la esfera privada y el papel secundario de los hombres en ella⁴¹. Para Díez Peralta “esta primera ola de feminización en la esfera internacional no respondía tanto al interés en proclamar o garantizar una igualdad de derechos en beneficio de las mujeres, o a reconocer una prohibición de discriminación basada en el género, como a propósitos protectores de corte paternalista”⁴².

A partir de los años treinta del siglo pasado, la actividad legislativa de la organización se orientó sutilmente hacia la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, aunque sin abandonar del todo el sentido inicial de la protección de las mujeres trabajadoras. El cambio se debió no sólo a la predisposición institucional de la propia organización, sino también, a las organizaciones de mujeres de la época que hicieron valer su preferencia por una legislación promotora de la igualdad de hombres y mujeres⁴³. Una serie de Convenios destacados, que incidían, entre otras cosas, en la discriminación en materia de empleo y en la protección de la maternidad, fueron adoptados en esta etapa; todos ellos están en vigor -algunos han sido actualizados- y han sido ratificados por España⁴⁴. Los aludidos instrumentos jurídicos

⁴⁰ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 37.

⁴¹ Davies sostiene que dicha legislación “a menudo ignoraba el hecho de que el trabajo por muy duro que fuera, era muy necesario.” Vid. DAVIES, R.: *Women and Work*, Hutchinson, London, 1975, p. 43. Eisenstein, por su parte, piensa que en aquellas áreas en las que la prohibición establecida no fue total, la OIT estaba impidiendo que las mujeres compitieran en igualdad de condiciones con los hombres por un empleo. Vid. EISENSTEIN, Z.R.: “The Female Body and the Law” en *University of California Press*, Berkeley, 1988, p. 202.

⁴² DÍEZ PERALTA, E.: “Los derechos de la mujer en el Derecho Internacional” en *REDI*, Vol. LXIII, Núm. 2, Julio-dic., 2011, pp. 96-97.

⁴³ Rodríguez Manzano destaca entre dichas organizaciones -siguiendo a Whitworth- el National Woman’s Party (WNP), la Open Door International, la Equal Rights International y la Women’s International League for Peace and Freedom (WILPF). Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 38; WHITWORTH, S.: *Feminism and International Relations, Towards a Political Economy of Gender in Interstate and Non-Governmental Institutions* (reprinted with alterations, 1º ed. 1994), McMillan, UK, London, 1997, pp. 119 y ss.

⁴⁴ Nos referimos a los siguientes Convenios y Recomendaciones: C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado en Ginebra, 42ª reunión CIT, 25 junio 1958, ratificado por España el 26 de octubre de 1967 («BOE» núm. 291, de 4 de diciembre de 1968); C103 Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en Ginebra, 35ª reunión CIT, 28 junio 1952, ratificado por España el 26 de mayo de 1966 («BOE» núm. 208, de 31 de agosto de 1966); C117 Convenio sobre política social (normas

tampoco estuvieron exentos de críticas, dirigidas de nuevo a subrayar que dicha legislación priorizaba el papel de la mujer como madre, ignorando los roles masculinos en la esfera doméstica, lo que implicaba la aceptación de una desigualdad que no se buscaba eliminar sino únicamente aliviar.⁴⁵

Las corrientes críticas influyeron, sin duda, para que años más tarde, en 1981, la OIT adoptara un Convenio clave en la materia. Se trata del “Convenio sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares”, cuyo título ya anuncia la ruptura con la tendencia anterior que obviaba la posibilidad de que las responsabilidades familiares recayesen también en los trabajadores-hombres⁴⁶. Como señala la doctrina, el cambio de enfoque hacia la defensa de la igualdad sin propósito protector de tipo paternalista convierte a este instrumento en el punto de partida del marco que institucionaliza la OIT para la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral⁴⁷.

Siguiendo esta línea y de forma congruente con la concepción no paternalista de la igualdad en el trabajo, la organización elaboró, ya entrado el siglo XXI, el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011, aún no ratificado por España. Aunque es un Convenio que adopta un enfoque neutro en cuanto al género - protege a todos los trabajadores sean de género masculino o femenino-, su Preámbulo reconoce que el trabajo doméstico lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, que son particularmente vulnerables a la discriminación y a abusos de sus derechos humanos. El compromiso de los Estados se extiende a la adopción de medidas para asegurar la protección efectiva de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, particularmente frente a toda forma de abuso, acoso y violencia. Para ello,

y objetivos básicos, adoptado en Ginebra, 46ª reunión CIT, 22 junio 1962, ratificado por España el 19 de febrero de 1973 («BOE» núm. 160, de 5 de julio de 1974); C122 Convenio sobre la política del empleo, adoptado en Ginebra, 48ª reunión CIT (09 julio 1964), ratificado por España el 21 de julio de 1970 («BOE» núm. 124, de 24 de mayo de 1972); y R123 Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, adoptada en Ginebra, 49ª reunión CIT, 22 junio 1965.

⁴⁵ SEGURET, M.C.: “Child-care Services for Working Parents” en *International Labour Review*, vol. 120, nº6, 1981, p. 711.

⁴⁶ Al optar la organización por “trabajadores con responsabilidades familiares” frente a “trabajadoras con responsabilidades familiares” se subrayaba que tales responsabilidades no eran monopolio exclusivo de las trabajadoras y que otros miembros de la familia podían igualmente compartirlas. C156 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra, 67ª reunión CIT de 23 junio de 1981; ratificado por España el 26 de julio de 1985 («BOE» núm. 271, de 12 de noviembre de 1985). R165, Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. Adopción: Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981).

⁴⁷ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 41.

los Estados están obligados a adoptar medidas específicas, tales como, la regulación de las condiciones que deben regir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas; el diseño de mecanismos y procedimientos para la investigación de quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas; la adopción de medidas de prevención y protección frente a los abusos; la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales cuando se contrate a trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país; y la adopción de medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos⁴⁸.

A pesar de la labor protectora de los derechos de las mujeres desarrollada por la OIT desde sus inicios, diversas formas de violencia contra la mujer en el ámbito laboral aún no han sido abordadas por la organización en ninguno de sus 189 Convenios, como, por ejemplo, el acoso sexual en el lugar de trabajo. Según el estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer encargado por el Secretario General de Naciones Unidas, entre el 40% y el 50% de las mujeres de la Unión Europea había sufrido alguna forma de acoso sexual o comportamiento sexual no deseado en el lugar del trabajo⁴⁹. La Sra. Coomaraswamy, primera Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, también abordó este asunto en el informe final de su mandato, reconociendo la responsabilidad de los patronos ante una trabajadora que haya sido sometida a acoso sexual si se le ha ofrecido, por ejemplo, un trato preferencial a cambio de relaciones sexuales o se le ha denegado un ascenso por haber rechazado insinuaciones sexuales⁵⁰. En esta línea de denuncia y llamada de atención, el Comité CEDAW -surgido de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- ha aprobado algunas Recomendaciones Generales dirigidas a los Estados para que adopten medidas en defensa de los derechos de las

⁴⁸ C189 Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptado en Ginebra, 100ª reunión CIT (16 junio 2011). Véase, artículos 1, 3 y 15. Este Convenio ha sido ratificado hasta la fecha por 26 Estados de los 187 que forman parte de la OIT. El Convenio define como trabajador doméstico en su artículo 1 a “toda persona de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo”, siendo el trabajo doméstico “el realizado en un hogar u hogares o para los mismos”.

⁴⁹ A/61/122, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”, informe del Secretario General de Naciones Unidas de 25 de julio de 2006, párrafo 132.

⁵⁰ E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003, “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer”, párrafos 47 y ss. La Relatora afirma que esa responsabilidad también puede existir si se crea un entorno de trabajo hostil donde las expresiones verbales o los comportamientos físicos de tipo sexual tienen el efecto o el objeto de dificultar exageradamente el rendimiento de una persona en el trabajo o de crear un clima intimidatorio, hostil o vejatorio.

mujeres frente a los actos de violencia contra la mujer en el entorno laboral, entre las que destaca la Recomendación General número 19 de 1992 sobre violencia contra la mujer, en la que se afirma que este tipo de violencia en el ámbito laboral menoscaba el derecho de la mujer a unas condiciones de empleo justas y favorables⁵¹.

Finalmente es preciso apuntar que una de las particularidades de la OIT es el sistema de control de las normas que aprueba, un sistema reforzado único en el ámbito internacional. Así, los Estados tienen la obligación de informar anualmente sobre los convenios ratificados -deben presentar una memoria- y sobre los convenios no ratificados, indicando las dificultades que le impiden o retrasan la ratificación. También tienen la obligación de informar sobre las recomendaciones que haya aprobado la organización y sobre el estado de su legislación respecto a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han propuesto poner en ejecución las disposiciones de la recomendación y las modificaciones que consideren necesarias que se hagan en estas disposiciones para adaptarlas y aplicarlas⁵².

Así pues, desde sus inicios la OIT ha desarrollado una labor protectora de los derechos de las mujeres en el terreno laboral. El sentido otorgado a esa protección ha ido evolucionando a lo largo del tiempo desde una concepción claramente paternalista a otra que podemos denominar igualitarista, que responde al interés de garantizar la igualdad de derechos de los hombres y las mujeres en el trabajo, y que es la que predomina en la actualidad. Sin embargo, a pesar de la labor protectora de los derechos de las mujeres desarrollada por la OIT desde sus inicios, diversas formas de violencia contra la mujer en el ámbito laboral aún no han sido abordadas por la organización en ninguno de sus 189 Convenios, como el acoso sexual, y otras formas de abuso y violencia que sufre la mujer en el trabajo en razón de su sexo. A nuestro juicio, es preciso que la OIT profundice en la actualidad en la regulación de medidas para conseguir la igualdad real -y no sólo formal- en el trabajo, y que se implique en la regulación de materias que preocupan y afectan a las mujeres y que aún no han sido reguladas por la organización, como, por ejemplo, el acoso sexual en el ámbito laboral.

⁵¹ Otras Recomendaciones del Comité CEDAW que inciden en la defensa de los derechos de las mujeres en el ámbito laboral son: la Recomendación General número 13 de 1989 sobre la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor; la Recomendación General número 16 de 1991 sobre las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas; la Recomendación General número 17 de 1991 sobre medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el Producto Nacional Bruto; y la Recomendación General número 26 de 2008 sobre trabajadoras migratorias expuestas al abuso y la discriminación.

⁵² Artículos 19(5e), 19(6d), 22 y 23 de la Constitución de la OIT.

No existe ningún instrumento internacional de carácter vinculante y de ámbito universal que regule esta forma de violencia contra la mujer en el lugar de trabajo, que ahonde en sus causas y establezca medidas para su protección y sanción. Los gobiernos, empleadores y trabajadores que conforman la OIT deben implicarse en una defensa activa de los derechos de las mujeres estableciendo normas de trabajo, políticas y programas que profundicen en la igualdad real y aborden las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer en el ámbito laboral, en línea con lo que proclaman los principales organismos de derechos humanos. Únicamente de esta manera tendrá sentido la existencia en el siglo XXI de una organización de estas características, y se podrá decir, sin ambages, que la OIT cumple la misión para la que nació: la de promover un trabajo decente para todos, hombres y mujeres.

4.- LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.

Los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y valor de la persona humana, y la igualdad de derechos de hombres y mujeres son los cimientos sobre los que se asienta el sistema universal de derechos humanos que surge con la Carta de las Naciones Unidas⁵³. Tan decisiva fue la incorporación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que para Andrés Sáenz de Santamaría hay dos fases en la actividad internacional dirigida a la protección de los derechos de la mujer: una anterior y otra posterior a la creación de Naciones Unidas⁵⁴. Estamos de acuerdo con la autora en la existencia de un “antes” y un “después” que surge precisamente con el reconocimiento

⁵³ Con un espíritu pacificador y humanístico, los 51 países firmantes de la Carta de las Naciones Unidas declararon en el párrafo segundo de su Preámbulo la fe “en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”, cimientos sobre los que se erigirá todo el sistema universal de derechos humanos. Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio 1945, con entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, de conformidad con el artículo 110. Texto disponible en la página oficial de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html> (última consulta 09/04/2019).

En la actualidad, 193 Estados -prácticamente la totalidad de los Estados del mundo reconocidos como tales- son miembros de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado de Palestina y la Santa Sede son Estados no miembros que han recibido invitación para participar como observadores en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General y que mantienen misiones permanentes de observación en la sede de Naciones Unidas. Véase, A/RES/67/19, de 29 de noviembre de 2012 por la que la Asamblea General decide conceder al Estado de Palestina la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas. España fue admitida como Estado miembro el 14/12/1955 mediante Resolución de 14 de diciembre de 1955 del Consejo de Seguridad S/RES/109 (1955).

⁵⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “La mujer desde la perspectiva del Derecho internacional público” en *Mujer e Investigación* ÁLVAREZ MEDINA, I. et al. (eds.), Universidad de Oviedo, 1995, pp. 87-97. El hecho de considerar la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los principios *leitmotiv* de la Carta repercutirá de manera decisiva en la protección de los derechos de las mujeres y acarreará un importante compromiso para la nueva organización que se constituye con la Carta.

de este principio en la Carta de Naciones Unidas como uno de los pilares de la organización y que traerá consigo importantes compromisos de la organización en defensa de los derechos de las mujeres, incluida su integridad frente a los actos de violencia basados en su sexo. Sin embargo, la Carta, a pesar de la relevancia que le otorga a la igualdad entre hombres y mujeres, alude únicamente al “hombre”⁵⁵ como titular de los derechos que proclama, algo común, por otra parte, en los textos internacionales de la época y que será corregido con el tiempo. Por ello, entre otras cosas, atinan, a nuestro juicio, quienes piensan que los valores y principios que sirvieron de base para establecer un nuevo modelo de sociedad, sobre todo el principio de igualdad, no estaban pensados para construir un nuevo modelo de relaciones, sino para ordenar un sistema político en el que los hombres fueran libres e iguales. La exclusión de las mujeres del ámbito público y su reclusión al ámbito privado formaba parte de la “naturalización” de un proceso que concebía la idea de igualdad sobre la base de un modelo exclusivamente masculino⁵⁶.

A juicio de Carrillo Salcedo, los artículos de la Carta que proclaman el respeto de los derechos humanos y el compromiso de la organización y de los Estados en su promoción y defensa –artículos 1.3, 55c) y 56-⁵⁷ ponen de manifiesto innegables dimensiones de cambio y transformación en el Derecho Internacional por la aparición junto al clásico principio de la soberanía estatal de otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos⁵⁸. Otros autores opinan

⁵⁵ El término hombre se utiliza en el sentido que le otorga la 2ª acepción recogida en el Diccionario de la Lengua Española: “persona del sexo masculino”. Vid. Diccionario de la Lengua española, 23 ed., actualización 2018. <https://dle.rae.es/> (última consulta 18/04/2019).

⁵⁶ VENTURA FRANCH, A.: “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica” en *Revista de Derecho Político*, núm. 97, septiembre-diciembre 2016, pp. 179-208, p. 189.

⁵⁷ El artículo 1.3 proclama como propósito de las Naciones Unidas el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin discriminación. El artículo 55c) establece que la Organización se encargará de promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación. Y el artículo 56 recoge el compromiso de los Estados miembros de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para llevar a cabo ese propósito de promoción universal de los derechos humanos sin discriminación. Carta de las Naciones Unidas, cit. supra, artículos 1.3, 55c) y 56.

⁵⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Derechos Humanos y Derecho Internacional” en *Isegoría*/22, 2000, pp. 69-81, pp. 69, 74 y 79. Para el profesor Carrillo, la revalorización de lo humano y de lo humanitario, la aparición de un consenso en torno a las nociones de derechos humanos y democracia como valores generalmente aceptados por la comunidad internacional en su conjunto, y la afirmación de que el ser humano es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, constituyen extraordinarias innovaciones que hacen que, a diferencia del Derecho Internacional clásico, la persona no pueda ser considerada como un mero objeto del Derecho Internacional. Concluye este autor que la evolución experimentada por el Derecho Internacional tras la proclamación de la dignidad de la persona en la Carta de las Naciones Unidas ha traído consigo un retroceso de la soberanía de los Estados, en la medida en que el reconocimiento internacional de los derechos humanos ha sometido a los Estados a

que la Carta establece, sin ninguna ambigüedad, tanto para la Organización como para los Estados miembros, auténticas obligaciones jurídicas y no meras recomendaciones programáticas en materia de derechos humanos⁵⁹. En definitiva, en opinión de la doctrina, la Carta cambió los parámetros del debate sobre los derechos humanos e introdujo nuevos principios en la política mundial y en el Derecho Internacional⁶⁰. Sin desmerecer su relevancia política, jurídica y social, lo cierto es que la Carta de Naciones Unidas presenta numerosas lagunas, algunas de ellas muy significativas como, por ejemplo, el hecho de no ofrecer una definición de los derechos humanos, ni una enumeración de estos, ni pronunciarse sobre los mecanismos para su protección.

La Asamblea General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC) -órganos principales de Naciones Unidas-⁶¹, han abordado desde el inicio de sus actividades la promoción de los derechos de las mujeres, en una primera etapa con un marcado acento en la defensa de la igualdad y no discriminación por razón de sexo, y más tarde, con el paso del tiempo, ampliando su enfoque a aspectos relacionados con la protección de la integridad de la mujer, principalmente a raíz de la aprobación por parte de la Asamblea General de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW). Las actividades de defensa de los derechos de las mujeres se han canalizado a través de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer⁶², órgano intergubernamental dependiente directamente del ECOSOC, que fue fruto de la transformación de la Subcomisión constituida en 1946 al amparo de la antigua Comisión de Derechos Humanos con el fin específico de abordar los temas relacionados

obligaciones internacionales que condicionan su ejercicio, y esto implica “un cambio en la posición constitucional de la soberanía estatal ante el orden internacional que comienza a registrar jurídicamente el deber de solidaridad entre todos los Estados a fin de garantizar la protección *universal y efectiva* de los derechos humanos, en los términos del artículo 56 de la Carta de Naciones Unidas”.

⁵⁹ Vid. ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p.38.

⁶⁰ JHABVALA, F.: “The Drafting of the Human Rights Provisions of the UN Charter” en *Netherlands International Law Review*, vol. XLIV, 1997, pp. 1-31, citado en ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p.39.

⁶¹ Carta de las Naciones Unidas... cit. supra, artículos 7, 13 y 68. Conforme al artículo 13.1b) le corresponde a la Asamblea General -órgano plenario y de la más alta representación estatal- hacer recomendaciones para ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por sexo; y conforme al artículo 62.2 de la Carta, el ECOSOC puede hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades. Ambos órganos han abordado desde el inicio de sus actividades los derechos de las mujeres, debido principalmente al impulso de dos de las cinco mujeres delegadas constituyentes que participaron en sus sesiones iniciales con un papel destacado: Eleanor Roosevelt y Minerva Bernardino.

⁶² La Comisión de la Condición jurídica y Social de la Mujer fue constituida mediante Resolución del ECOSOC, E/RES/2/11, 21 de junio 1946.

con la situación de la mujer⁶³. La creación de esta Comisión representó un cambio significativo en el tratamiento de las cuestiones y problemas relacionados con la mujer por la autonomía y especificidad que a partir de ese momento se le otorgará a estos asuntos⁶⁴.

La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer tiene asignadas dos funciones principales: la preparación de recomendaciones e informes sobre la promoción de los derechos de las mujeres en el campo político, civil, económico, social y educativo, y la preparación de recomendaciones sobre cuestiones urgentes que requiriesen la atención inmediata del ECOSOC en la esfera de los derechos de las mujeres. Este órgano específico para la defensa de los derechos de las mujeres ha tenido un papel relevante en todo el proceso de desarrollo normativo de los derechos de las mujeres. Cabe destacar su contribución a la creación del marco jurídico vigente,

⁶³ En la misma fecha que se constituyó la Comisión de Derechos Humanos, se institucionalizó en su seno la Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer con el mandato de someter propuestas, recomendaciones e informes a la Comisión de los Derechos Humanos y al ECOSOC en temas relacionados con la situación de la mujer. Únicamente nueve mujeres expertas recibieron el encargo de elaborar dichos estudios e informes, lo que hace pensar a Galey que las mujeres obtuvieron un reconocimiento modesto dentro de un organismo mundial dominado por los hombres. *Vid.* GALEY, M.E.: “Women Find a Place” en *Women, Politics and the United Nations*, Ed. Anne Wislow, Greenwood Press, Westport, Connecticut, London, 1995, p. 11 y ss. El primer informe elaborado por la Subcomisión - presidida BODIL BEGTRUP- recogía la propuesta de transformar este órgano en una comisión independiente que pudiera otorgar a su trabajo la importancia que merecía sin hacerlo depender de otra comisión en la que sus propuestas se situaban en un segundo plano. *Vid.*: E/PV.4, 28 May 1946, Statement made by the Chair of the Subcommission on the Status of Women to ECOSOC recommending that the status of the Subcommission be raised to full commission en: *The United Nations and The Advancement of Women 1945-1996*, 1995. Department of Public Information United Nations, New York, The United Nations Blue Books Series, Volume VI, ISBN 92-1-100603-1. Véase también: “Short History of the Commission on the Status of Women” basado en United Nations Blue Book Series on The United Nations and the Advancement of Women, 1945-1996 and the United Nations CD-Rom Women Go Global, 2000. <http://www.un.org/womenwatch/daw/CSW60YRS/CSWbriefhistory.pdf> (última consulta 09/04/2019).

La Comisión de Derechos Humanos fue constituida por el ECOSOC el 18 de febrero de 1946 con el fin de promover y hacer efectivos los derechos humanos. La Sra. Roosevelt fue su primera presidenta y presentó al entonces presidente de la Asamblea una Carta Abierta a las Mujeres del Mundo en la que ponía en valor la labor realizada por las mujeres durante la Segunda Guerra Mundial y pedía a los gobiernos que fomentasen la participación de las mujeres en los asuntos nacionales e internacionales. El mandato, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos serán asumidos en 2006 por el actual Consejo de Derechos Humanos mediante la Resolución 60/251 de la Asamblea General. *Vid.* A/RES/60/251, de 3 de abril de 2006.

⁶⁴ Rodríguez Manzano señala que nadie ha explicado desde entonces cuál fue el motivo que determinó el cambio de actitud de los miembros del ECOSOC para aprobar la creación de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, aunque sí es sabido que en el proceso de constitución de estos organismos se puso de manifiesto la disyuntiva entre las partidarias de establecer políticas especiales para las mujeres con el objetivo de que estos problemas no quedaran relegados a un lugar secundario por cuestiones más globales -entre ellas, Bodil Begtrup y Minerva Bernardino-, y las detractoras de esta postura que entendían que esto era un acto discriminatorio que corría el peligro de provocar el rechazo y desinterés social -su principal representante fue Eleonor Roosevelt-. Dilema que, como recuerda la autora, continúa planteándose en la actualidad en las acciones de promoción de la igualdad de hombres y mujeres. *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., pp. 19-20.

principalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención CEDAW) y de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, instrumentos fundamentales en la protección de la integridad física y moral de la mujer⁶⁵. Sin embargo, en la actualidad, en lo que respecta a las cuestiones relacionadas con la protección de la integridad de las mujeres, su utilidad está siendo cuestionada. Así lo expresa, y lo lamenta, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, cuando afirma que la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer se considera cada vez más un *foro polémico para mantener negociaciones políticas sobre los derechos humanos de la mujer con una práctica creciente de limitación de los logros alcanzados*.⁶⁶ Una muestra de la polémica que rodea los trabajos de este órgano se vivió en 2013, en el 57º período de sesiones, en el que algunos Estados ejercieron una fuerte presión para evitar la inclusión de referencias a la orientación sexual, la identidad de género o la violencia en la pareja, así como la oposición a incluir una interpretación amplia del concepto de familia, en el texto final de sus Conclusiones. Recientemente de nuevo se ha reavivado la polémica en torno a la Comisión tras el nombramiento de Arabia Saudí como miembro de la misma en votación secreta del ECOSOC celebrada el 19 de abril de 2017. Y es que cuesta trabajo creer en el papel de defensa de los derechos de la mujer que pueda llevar a cabo un Estado que ha formulado reservas de alcance general en relación con el Derecho islámico a la Convención CEDAW⁶⁷.

Además de la “politización” -en el peor sentido del término- de los derechos de las mujeres, otra razón que cuestiona la utilidad de la Comisión, en particular para hacer frente a las manifestaciones de violencia contra la mujer, es su tendencia a formular declaraciones amplias y generales en los documentos finales de sus períodos de sesiones, que han sido valoradas como intentos de desviarse de la realidad de las violaciones generalizadas y persistentes de los derechos humanos de las mujeres. Así, las Conclusiones aprobadas en los últimos períodos de sesiones de la Comisión siguen

⁶⁵ Oraá y Gómez Isa ponen de manifiesto el papel desempeñado por la Sra. BEGTRUP, Presidenta de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, en la defensa de la inclusión en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la perspectiva particular y específica de las mujeres. Vid. ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p.60-61.

⁶⁶ A/HRC/26/38, 28 de mayo de 2014, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, RASHIDA MANJOO. Informe sobre los avances realizados en las Naciones Unidas en los últimos 20 años en el tema de la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, párrafo 20.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 18. Sobre la incorporación de Arabia Saudí como miembro de la Comisión, véase: <https://www.un.org/press/en/2017/ecosoc6824.doc.htm> (última consulta (09/04/2019)).

esta tónica generalista que hemos apuntado y analizan la cuestión de la eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas de forma tangencial en el contexto de otros temas prioritarios, como son: el empoderamiento de la mujer y su vínculo con el desarrollo sostenible⁶⁸, el empoderamiento económico de la mujer en el mundo del trabajo⁶⁹, y el empoderamiento de las mujeres y niñas rurales⁷⁰.

Pese a estos reproches que enturbian la labor de la Comisión no podemos desmerecer absolutamente su contribución a la eliminación del problema de la violencia contra la mujer y al fortalecimiento del sistema universal de protección de derechos humanos en esta materia. En este sentido apunta la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, cuando indica que la labor realizada por la Comisión durante los últimos años “es un indicador de una aceptación amplia y creciente de los fundamentos temporales y espaciales de la violencia contra la mujer; una comprensión más clara del problema, sus causas y consecuencias, mediante una visión integral de los derechos humanos; un enfoque en la responsabilidad de los Estados de actuar con la debida diligencia en la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, en particular de abordar sus causas y consecuencias; y, por último, el reconocimiento de que la violencia contra la mujer es una cuestión de derechos humanos generalizada y omnipresente que requiere la atención de todos los Estados”⁷¹.

La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer se ha centrado en la cuestión de la violencia contra la mujer y la niña como tema prioritario en tres ocasiones: en su 42º, 51º y 57º período de sesiones celebrados en 1998, 2007 y 2013 respectivamente, abordando estas cuestiones con diferente intensidad y detalle⁷². Así,

⁶⁸ Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Conclusiones convenidas en su 60º período de sesiones, E/2016/27-E/CN.6/2016/22, pp. 29 a 42 La Comisión llama la atención sobre el tema de la liberación de las mujeres y los niños tomados como rehenes en conflictos armados, y sobre la cuestión del VIH/ SIDA.

⁶⁹ Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Conclusiones convenidas en su 61º período de sesiones, E/CN.6/2017/L.5, 22 diciembre 2016, párrafo 14. Las Conclusiones condenan la violencia contra las mujeres y las niñas en todas sus formas en los espacios públicos y privados, entre ellas, el acoso en el mundo del trabajo, incluido el acoso sexual, y la violencia sexual y por razón de género, la violencia doméstica, la trata de personas y el femicidio, además de las prácticas nocivas como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina, y reconocen que estas formas de violencia constituyen obstáculos importantes para el logro del empoderamiento económico de la mujer y su desarrollo social y económico.

⁷⁰ Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Conclusiones convenidas en su 62º período de sesiones, E/CN.6/2018/L.8, 26 de marzo de 2018, párrafo 25. La Comisión señala la especial vulnerabilidad de las mujeres y las niñas de las zonas rurales y remotas a la violencia como consecuencia de la pobreza multidimensional y del acceso limitado o nulo a la justicia, a recursos legales y servicios jurídicos eficaces.

⁷¹ A/HRC/26/38, cit. supra, párrafo 19.

⁷² Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Conclusiones convenidas en su 42º período de sesiones sobre la mujer y los conflictos armados, véase E/1998/27-E/CN.6/1998/12, pp. 3 a 6 y 33 a 41;

las Conclusiones de 1998 -como aprecia la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en su informe sobre los avances realizados en las Naciones Unidas en los últimos 20 años- son más explícitas que las posteriores en relación con las prácticas tradicionales, religiosas y consuetudinarias nocivas para las mujeres, en particular la mutilación genital femenina, y hacen mayor hincapié en la elaboración y financiación de planes nacionales para poner fin a la violencia contra la mujer. También son más precisas en cuanto a la investigación y el enjuiciamiento de actos de violencia contra la mujer⁷³. Las Conclusiones de 2007, centradas en la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra las niñas, intan a los gobiernos a que adopten medidas en diferentes ámbitos que repercuten en los derechos de las niñas como, por ejemplo, el trabajo infantil, los conflictos armados, la asistencia humanitaria, la educación, la salud o el empoderamiento y participación de las niñas. Por su parte, las Conclusiones de 2013 señalan cuatro aspectos en los que los Estados deben intervenir: el reforzamiento de la aplicación de los marcos jurídicos y normativos y la rendición de cuentas; las causas estructurales y subyacentes y los factores de riesgo de la violencia contra las mujeres y las niñas; la mejora de los servicios, programas y respuestas multisectoriales para combatir la violencia contra las mujeres y las niñas; y la mejora de la base empírica, investigación y conocimiento de la violencia.

5.- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DUDH).

Conclusiones convenidas en su 51º período de sesiones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra la niña, véase E/2007/27-E/CN.6/2007/9, pp. 2 a 17; Conclusiones convenidas en su 57º período de sesiones sobre la eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra la mujer y la niña, véase E/2013/27, E/CN.6/2013/11, pp. 1 a 19. Véase también: E/2015/27-E/CN.6/2015/10, p. 6. Documentos disponibles en <http://www.unwomen.org/es/csw> (última consulta 09/04/2019).

⁷³ En las Conclusiones convenidas en su 42º período de sesiones, que trató como tema central la persecución por motivos de género, la Comisión incluye proyectos de resolución sobre la situación de las mujeres y niñas en Afganistán y sobre la situación de las mujeres palestinas -la mujer palestina fue objeto de atención de nuevo en su 59º y 60º periodo de sesiones-, y señala la atención del Consejo sobre los siguientes temas: los derechos a la tierra; la liberación de las mujeres y los niños tomados como rehenes en conflictos armados; la violencia contra las trabajadoras migratorias; y las mujeres mayores. Las Conclusiones son muy específicas en cuanto a la investigación y el enjuiciamiento de los actos de violencia contra la mujer, y abogan por la elaboración de un marco integral que incluya disposiciones de derechos penal, civil y procesal que aborde todas las formas de violencia contra la mujer y garanticen la aplicación de las leyes. Véase también: A/HRC/26/38, Informe de la Relatora Especial, cit. supra, párrafo 11 y ss.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, denominada en español originariamente Declaración Universal de Derechos del Hombre⁷⁴, es el primer instrumento jurídico de derechos humanos proclamado por una organización internacional de carácter universal⁷⁵. En palabras de Gros Espiell, la Declaración es una prolongación conceptual y jurídica de la Carta de Naciones Unidas⁷⁶. Esa tónica de continuidad se refleja en la equiparación del principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres con los derechos fundamentales, con el valor de la persona humana y con su dignidad. De este modo, la igualdad se refleja a lo largo del articulado en la atribución de los derechos a todos los seres humanos, hombres y mujeres⁷⁷.

El hecho de que las mujeres fuesen tenidas en cuenta se debió principalmente al interés y voluntad de las propias mujeres que participaron en el proceso de creación de la DUDH. Díez Peralta señala que la intervención de la Sra. Roosevelt en los debates previos a la aprobación de la Declaración fue clave para conseguir que el artículo 1 recogiera en términos neutrales y universales que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; que el artículo 2 recogiera la prohibición de discriminación por razón de sexo; y, lo que es más importante, que las Naciones Unidas transformaran la expresión recurrente de derechos del hombre por la de derechos humanos, ya que en los inicios -como dice la autora citando a Morsink⁷⁸-, los redactores de la Declaración habían abogado por la expresión “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁷⁹. Si bien, al igual que señalábamos con respecto a la

⁷⁴ A/RES/ 217 (III), *Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, 10 diciembre 1948. El texto fue aprobado por 48 votos a favor, 8 abstenciones y ningún voto en contra. La Declaración se denominó en español originariamente Declaración Universal de Derechos del Hombre hasta que en 1952 la Asamblea General, mediante Resolución 548 (VI), sustituyó la expresión “derechos del hombre” por “derechos humanos”. A/RES/548 (VI), *Adoption in Spanish of the term "derechos humanos" instead of the term "derechos del hombre"*, 375th plenary meeting, 5 February 1952.

⁷⁵ Oráa J. y Gómez Isa, recuerdan que unos meses antes, en el ámbito interamericano, se había aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 2 de mayo de 1948, que ejerció una cierta influencia en la Declaración Universal. Vid. ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p.42. Los primeros textos de derechos humanos de ámbito nacional provienen del siglo XVII. Entre ellos, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y la *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra. En el siglo XVIII se aprueban dos textos clave: *La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* de 1776 y la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Textos disponibles en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, ed. Debate, Colección Universitaria Madrid, 1987.

⁷⁶ GROS ESPIELL, H.: “Una mirada actual a la Declaración Universal de los Derechos Humanos” en *Estudios* 91, vol. VII, 2009, pp. 76-77.

⁷⁷ DUDH, cit. supra, Preámbulo, artículos 1 y 2.

⁷⁸ MORSINK, J.: “Women’s rights in the Universal Declaration” en *Human Rights Quarterly*, vol. 13, núm. 2, 1991, pp. 229-256.

⁷⁹ Vid. DÍEZ PERALTA, op.cit., p.91. Recordemos que la expresión “todos los hombres” era la utilizada en los primeros textos de Derechos Humanos y por este motivo recibieron su correspondiente réplica. Así, la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que otorgaba derechos al

Carta, los grandes principios del nuevo orden que instaura la Declaración Universal, que aparentemente involucran a todas las personas incluidas en un sujeto universal, en realidad se identifica con los hombres, y no con todos los hombres, sino sólo con los que reúnen las características de ser blancos y propietarios. La ampliación formal del sujeto universal a las mujeres es así cuestionada desde una perspectiva de la igualdad material puesto que éstas no gozan de condiciones de igualdad y sobre ellas pesa la autoridad de los hombres y la obediencia o el castigo⁸⁰.

A diferencia de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración recoge en su articulado dos referencias explícitas a las mujeres que no estuvieron exentas de polémica y que tienen que ver con el matrimonio y la maternidad. Es significativo, dicho sea de paso, que ambas referencias a los derechos de las mujeres remitan exclusivamente al ámbito privado y familiar, que es la esfera a la que habían sido recluidas las mujeres. Respecto al matrimonio, el artículo 16 proclama que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y a disfrutar de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de su disolución. Las delegaciones del mundo islámico -presentes en el comité de redacción del texto- expresaron sus reservas por motivos culturales y religiosos. Tanto es así que Arabia Saudí se abstuvo en la votación final de aprobación de la Declaración. Tabandesh, autor islámico que ha profundizado en este tema, afirma que el artículo 16 contiene preceptos que chocan directamente con la enseñanza islámica. Así, el islam prohíbe el matrimonio entre un musulmán y alguien de otra religión; para el islam no existe igualdad natural entre hombres y mujeres; y, el islam sólo acepta el divorcio cuando es solicitado por el hombre, no por la mujer. Los principios religiosos del islam colisionan de esta manera

ciudadano varón, adulto, blanco y propietario, fue respondida por la Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana de Olympe de Gouges. Y en 1792 Mary Wollstonecraft publicó *Vindication of the Rights of Women* en defensa de los derechos de las mujeres. Sobre la vida y pensamiento de Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft, véase: ARIAS BAUTISTA, MT.: “Los principios de Olympe de Gouges: culminación de una ideología “Revolucionaria”, *Revista Internacional de Culturas y Literaturas*, (coord. Milagro Martín Clavijo, ejemplar dedicado a: Escritoras del mundo e iconos femeninos), núm. 1, 2012, pp. 1-8; AMORÓS, C.: “Revolución Francesa y crisis de legitimación patriarcal”, 1996, disponible en <http://hiparquia.fahce.unlp.edu.ar/numeros/volviii/revolucion-francesa-y-crisis-de-legitimacion-patriarcal> (última consulta 09/04/2019); LOIS GONZÁLEZ, M.: “Vindicación de los derechos de la mujer, Mary Wollstonecraft”, Edición de Marta Lois González, Colección Fundamentos nº 225, Serie Clásicos del pensamiento político, Ed. Istmo S.A., Madrid, 2005.

⁸⁰ Vid. VENTURA FRANCH, op. cit., p. 190.

con uno de los principios básicos de la Declaración, como es el principio de no discriminación entre hombres y mujeres⁸¹.

En cuanto a la maternidad, el párrafo segundo del artículo 25 establece su derecho a cuidados y asistencia especiales. Este artículo, encuadrado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales -según la división que efectuó Cassin de los derechos contenidos en la Declaración⁸²-, también suscitó controversia porque los países occidentales se mostraron reacios al reconocimiento de este tipo de derechos, a diferencia de los países socialistas y latinoamericanos que se posicionaron claramente a su favor⁸³.

Las discrepancias que surgieron en torno a estas disposiciones sobre el matrimonio y la maternidad plantean, a juicio de Oráa y Gómez Isa, la espinosa cuestión de la universalidad de los derechos humanos proclamados en la Declaración⁸⁴. En este sentido, Carrillo Salcedo sostuvo que en la actualidad estamos muy lejos del ideal común proclamado en 1948, ya que muchas veces se hace caso omiso de los derechos humanos y “algunos de éstos han sido incluso marginados como los de la mujer y los de los pueblos indígenas, que no han recibido un apoyo adecuado”.⁸⁵

En nuestra opinión, ninguna razón religiosa o cultural puede ser válida para dejar sin efecto los principios de dignidad e igualdad, convertidos, a juicio de la doctrina mayoritaria, en principios generales del ordenamiento jurídico internacional, parte del *ius cogens* del sistema universal de derechos humanos. La influencia que ha tenido la

⁸¹ TABANDEH, S.: *A Muslim Commentary of the Universal Declaration of Human Rights*, F.T. Goulding and Company Limited, London, 1970, pp. 35-36.

⁸² CASSIN, R., “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme” *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1951-II, p. 278 y ss. Cassin dividió el contenido de la Declaración en cuatro columnas: la primera columna formada por los derechos y libertades de orden personal (art. 3 a 11); la segunda por los derechos del individuo en relación con los grupos de los que forma parte (art. 12 a 17); la tercera por los derechos políticos (art. 18 a 21) y la última por los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 a 27). Sobre estas cuatro columnas se sitúa un frontispicio, los artículos 28 a 30 que señalan los vínculos entre el individuo y la sociedad.

⁸³ Vid. ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit. p.88. Para los autores, uno de los mayores logros con los que cuenta en su haber la Declaración es que consiguió plasmar un equilibrio entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

⁸⁴ La Declaración representaba “el ideal común” por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse, a fin de que tanto las instituciones como los individuos, inspirándose en ella, promoviesen el respeto a los derechos y libertades y asegurasen su reconocimiento y aplicación universales y efectivos. DUDH, cit. supra, último párrafo del Preámbulo. En palabras de Gros Espiell: “La Declaración Universal pretendió presentar una concepción universal, un ideal común a la humanidad entera, de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza, dando como fundamento común de estos derechos y libertades la dignidad humana” en GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 30.

⁸⁵ CARRILLO SALCEDO, J.A.: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario” en *La Toga*, núm. 172, 2009, p. 53.

Declaración en sus casi setenta años de existencia tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en las legislaciones internas de los Estados, avalan los argumentos que otorgan fuerza jurídica obligatoria a sus disposiciones. Es oportuno recordar que la DUDH no es una mera Resolución de la Asamblea General⁸⁶, sino una “Declaración” que es la forma que se utiliza para la aprobación de decisiones de gran importancia de las que se espera obtener la mayor observancia posible por parte del mayor número de Estados⁸⁷. El hecho de haber sido adoptada bajo esta forma le otorga un valor especial que influye en sus efectos jurídicos. Aunque las opiniones doctrinales acerca del carácter jurídico obligatorio de la DUDH son variadas y oscilantes, la doctrina mayoritaria reconoce su relevancia jurídica y apunta a su valor obligatorio pleno⁸⁸.

⁸⁶ El texto fue adoptado al amparo del Capítulo IV de la Carta de Naciones Unidas, que permite a la Asamblea General hacer recomendaciones a los Estados miembros sin que éstas tengan *prima facie* valor obligatorio. Como observa Gross Espiell, la Declaración nunca fue firmada por ningún Estado -ni podría haberlo sido-, en cuanto constituye el contenido de una Resolución de la Asamblea General. Vid. GROS ESPIELL, H.: “Una mirada actual.. op. cit. p. 72.

Desde los inicios de su elaboración se planteó el dilema de hacer una mera declaración de la Asamblea General, sin pleno valor jurídico vinculante para los Estados, o un verdadero tratado internacional con fuerza obligatoria. La postura que prevaleció fue la menos vinculante para los Estados, fruto de un complicado proceso de redacción en el que se pusieron de manifiesto las posturas encontradas entre los países occidentales y los países socialistas a consecuencia del conflicto ideológico-político que vivía en esos momentos la sociedad internacional. Las discrepancias no sólo se manifestaron en el tipo de documento que se debía elaborar, sino en el contenido de algunas de sus disposiciones. Esto último fue lo que provocó la abstención de la URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Sudáfrica y Arabia Saudí. VERDOOT, A.: “Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme”, Société d’Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Louvain, Editions Nauwelaerts, Lovaina- París, 1964, pp. 54 y ss., citado en Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, GÓMEZ ISA, F.: “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Universidad del País Vasco, Hegoa, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/51> (última consulta 09/04/2019). Vid. ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p.44;

Sobre las dificultades en la elaboración y aprobación de la Declaración y las posturas de los países que se abstuvieron en la votación: Vid. CASSIN, op.cit., p.267; CASSESE, A.: “Los Derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p.42 ; VILLÁN DURÁN, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos” en *Hechos y Derechos*- dedicado al cincuentenario de la DUDH-, nº 5, 1998, p. 30.

⁸⁷ *Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la ONU*. Doc.E/CN.4/L.610.

⁸⁸ Algunos autores consideran que el contenido de la DUDH forma parte del *ius cogens*. SIEGHART, P. *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 53-55. Otros autores reconocen que su obligatoriedad jurídica proviene de varias fuentes del Derecho Internacional, considerando su contenido bien una costumbre internacional, una interpretación autorizada de la Carta a la que la comunidad internacional atribuye carácter vinculante, o la expresión de principios generales del ordenamiento internacional. GROS ESPIELL, H.: “Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 13, monográfico ONU año XL, 1987, p. 82. Para otra parte de la doctrina, todos o algunos de los derechos formulados en la Declaración forman parte del Derecho Internacional general. MANGAS MARTÍN, A. en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 1999, pág. 198. Otros autores, en cambio, solamente reconocen su relevancia jurídica, pero sin llegar a aceptar su obligatoriedad jurídica o sin pronunciarse sobre la misma. Rodríguez Carrión opina que las afirmaciones genéricas sobre el valor jurídico de los actos de las Organizaciones internacionales se adaptan mal a la riqueza de la realidad y que los efectos jurídicos de cada acto de cada Organización dependen básicamente de lo que el tratado constitutivo establezca. A ello habría que sumar un nuevo elemento, el relativo a la eficacia real de los actos de las Organizaciones. Vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Lecciones de Derecho...* op. cit., p.

Entre los autores que, a nuestro juicio, con más autoridad han tratado este asunto se encuentra Carrillo Salcedo que señala tres aspectos que considera grandes logros en la promoción y protección de los derechos humanos y que tienen su origen en la aprobación de la DUDH. El primero de ellos es la invocación de la Declaración en la práctica de los Estados y de los órganos internacionales, así como, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, lo que ha transformado el texto en una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas relativas a los derechos humanos, a pesar de que al ser adoptada no tenía carácter obligatorio. El segundo es que numerosas Constituciones estatales⁸⁹ y la jurisprudencia de muchos Tribunales Constitucionales hacen referencia a la Declaración, confirmando así su valor jurídico. Y, el tercer aspecto que destaca el autor es que los derechos proclamados en la Declaración han sido precisados y ampliados en numerosos tratados universales y regionales.⁹⁰

Por otro lado, hay un elemento en la Declaración que le imprime un alcance relevante. Se trata de la disposición que otorga el derecho de todas las personas a que sus derechos se hagan plenamente efectivos. Así, conforme al artículo 28: “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. A nuestro modo de ver, esta disposición resulta especialmente importante y debemos abogar por su aplicación porque abre el camino al cambio social y jurídico que favorezca la realización efectiva de los derechos de las mujeres, lo que tiene una dimensión esperanzadora de futuro. Pensamos, como algunos autores, que esta norma representa el motor del progreso y evolución de la humanidad, aunque otros la hayan tachado de utópica e irrealista⁹¹.

218. Y, finalmente, otros autores consideran que la DUDH no tiene un carácter jurídico obligatorio. Una extensa bibliografía de cada una de estas tendencias doctrinales en PONCE MARTÍNEZ, C.F.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, pp. 263-270. En opinión de este autor, en la actualidad puede defenderse que todos o la mayoría de los derechos enunciados en la Declaración forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, lo que impide negarle obligatoriedad jurídica y, a la vez, refuerza su valor como piedra angular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Ibidem*, p. 279.

⁸⁹ Un ejemplo de ello es la Constitución española de 1978 que incorpora la DUDH en su artículo 10.2. (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

⁹⁰ *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A.: *La Declaración Universal...* op. cit. pp. 52-53.

⁹¹ Gros Espiell afirma que “utópica o no, esta forma de considerar la cuestión es de capital importancia, no sólo teóricamente, sino incluso con un enfoque práctico, porque la utopía ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad”. *Vid.* GROS ESPIELL, *Estudios sobre Derechos Humanos...*, op.cit. pp. 349-350, citado por ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración...* op.cit., p.101.

Así pues, podemos decir que, desde el punto de vista de los derechos de las mujeres y la protección de su integridad, la DUDH ha tenido un efecto positivo e incluso progresista⁹², aunque, como señala Gros Espiell, aún no ha logrado la eliminación total de la discriminación por razón de sexo para que haya un tratamiento plenamente igualitario de la situación política, social, laboral y familiar de la mujer, que incluya la erradicación de la violencia⁹³. No obstante, y como también han señalado otros autores, en la Declaración persiste un rasgo androcéntrico basado en las experiencias y necesidades de los hombres que no tiene en cuenta las de las mujeres⁹⁴. El profesor Carrillo Salcedo, cuando reflexionaba sobre el sentido que pudiera tener hoy día la DUDH para las víctimas de actos de barbarie o de discriminación por motivos de género, entre otros, sostenía que deberíamos reafirmar en la práctica que los derechos humanos expresan y confirman las consecuencias éticas, políticas y jurídicas de la dignidad intrínseca de todo ser humano como el nuevo principio constitucional que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos introdujeron en el orden internacional⁹⁵.

6.- LOS PRIMEROS TRATADOS ESPECÍFICOS SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES Y SU INCIDENCIA EN LA ESFERA PÚBLICA Y PRIVADA.

La separación de las esferas pública y privada basada en el género caracteriza el sistema patriarcal. El patriarcado ordena ambas esferas, de manera que en la pública rige el trato igual y contractual entre los varones, gozando de respeto y prestigio, y en la privada -reservada a las mujeres- se desarrollan las funciones vinculadas a la procreación, crianza de los niños y cuidado del hogar, todas ellas consideradas de menor rango. En el ámbito privado o doméstico, además, los varones tienen autonomía y libertad para hacer lo que quieran porque es un ámbito libre de la injerencia de lo público, donde la desigualdad y las injusticias son ignoradas⁹⁶. Charlesworth afirma que

⁹² Vid. MORSINK, op.cit., p. 255.

⁹³ Vid. GROS ESPIELL *Una mirada actual...* op. cit. pp. 77 y 86.

⁹⁴ Para Carmen Magallón el androcentrismo es un rasgo definitorio de la tradición del pensamiento occidental y de los derechos humanos. MAGALLÓN PORTOLÉS, C.: "Los derechos humanos desde el género" en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, ed. Centro Pignatelli, Diputación General de Aragón-Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza, 1997, p. 259.

⁹⁵ Vid. CARRILLO SALCEDO, *La Declaración Universal de los...* op.cit. p. 53.

⁹⁶ MONEREO ATIENZA, C.: "Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres" en *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos*

no es la actividad lo que caracteriza lo público y lo privado, sino el actor, que las actividades de las mujeres son consistentemente devaluadas al ser concebidas como privadas y que las mujeres están en una posición inferior porque no tienen poder real ni en el mundo público ni en el privado⁹⁷. A juicio de Mackinnon, para las mujeres la medida de la intimidad ha sido la medida de la opresión⁹⁸.

Esta dicotomía público/privado se traslada a los textos normativos internacionales que otorgan mayor poder y relevancia al ámbito público y masculino, aun partiendo de la noción universal de la dignidad del ser humano. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha sido ajeno, pues, a la división del espacio y su jerarquía valorativa, sino que, al contrario, la ha marcado y reforzado, lo que, en opinión de los autores, ha producido el silenciamiento de las voces de las mujeres y la legitimación de la dominación de las mujeres por los hombres. El mantenimiento de la dicotomía funciona -en palabras de Charlesworth- “*to muffle and often completely silence the voices of women*”⁹⁹. La consecuencia de este desentendimiento de los intereses de las mujeres es el desarrollo parcial y androcéntrico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o la construcción de un Derecho sexista, masculino y definitorio de unas identidades fijas¹⁰⁰.

Hay dos aspectos derivados de la división del espacio público y privado basada en el género que inciden de manera importante en la protección internacional de la integridad de las mujeres. Por un lado, la forma en la que el Derecho ha sido utilizado para excluir a las mujeres de la esfera pública -de las profesiones, del mercado, del voto-; y, por otro lado, lo que se considera objeto del Derecho y lo que no, y, por tanto, se deja de regular¹⁰¹. Esta exclusión del ámbito del Derecho Internacional de ciertas materias que afectan a la dignidad de las mujeres y a sus intereses específicos no

Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes, Dirección y Coordinación Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 41-55.

⁹⁷ CHARLESWORTH, H.: “What are Women’s International Human Rights?” en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. Ed. By Rebecca J. Cook. University of Pennsylvania Press. Philadelphia, 1994, pp. 58 a 84, pp. 60 y 70. La adscripción de varones y mujeres a ambas esferas no está basada sólo en el espacio, sino, y principalmente, en el actor. La subordinación de la mujer ante el hombre está mediada por la dicotomía entre lo público y lo privado. Así, lo que es público en una sociedad puede ser privado en otra, pero las actividades de las mujeres son consistentemente devaluadas al ser concebidas como privadas.

⁹⁸ MACKINNON C.: *Hacia una teoría feminista del Estado*, ed. Cátedra S.A. (Feminismos), Eugenia Martín (tr.), Madrid, 1995, p. 340. La autora considera un insulto la pregunta de por qué una persona permite la fuerza en lo privado, dado el significado social de lo privado como esfera de opción.

⁹⁹ Vid. CHARLESWORTH, H.: “What are Women’s...”, op. cit., p. 68. Vid. O’HARE, U.A.: “Realizing Human Rights for Women” en *Human Rights Quarterly*, vol. 21, número 2 (May.), 1999, p. 366.

¹⁰⁰ Vid. MONEREO ATIENZA, op. cit., p.50; CHARLESWORTH: “What are Women’s...”, op. cit., p. 60.

¹⁰¹ Vid. CHARLESWORTH: “What are Women’s... op. cit., p. 70.

significa, como apunta Charlesworth, neutralidad de la norma o ausencia de control y poder, porque, el hecho de que no se regule, por ejemplo, la violación en el matrimonio o la violencia en las relaciones íntimas, legitima el poder de los hombres sobre las mujeres. La esfera privada no está exenta de la dinámica del poder.

La falta de regulación en los textos internacionales de las formas de violencia contra la mujer basada en su género, que atentan contra su integridad, supone uno de los grandes obstáculos para la protección efectiva de los derechos de las mujeres. Esta omisión nace, entre otras causas, de la división de la esfera pública y privada característica del sistema patriarcal que ha impregnado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por tanto, para que el sistema universal de protección de derechos humanos ofrezca una protección efectiva de la integridad de las mujeres es preciso superar la división de ambas esferas. Algunos autores recurren al concepto “género” como categoría de análisis para conseguir este objetivo. En su opinión, el género aporta aspectos novedosos que invalidan esa distinción, y que se concretan en tres puntos: a) la esfera privada no está exenta de la dinámica del poder; b) el Estado se inmiscuye en cuestiones de la esfera privada; y c) la familia es un espacio de socialización que acentúa la generización de los roles¹⁰². Nosotros pensamos también que es necesario que el Derecho Internacional rompa las barreras que separan el ámbito público y privado a fin de proteger a las mujeres frente a los actos de agresión basados en su género que tienen lugar en la familia, la comunidad y el Estado. Esta dicotomía propicia la violencia contra la mujer y ésta, a su vez, consigue que se perpetúe la división. El reconocimiento explícito a través de una norma vinculante del derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia basada en su sexo o género puede convertirse en el escalpelo que ayude a redefinir lo que Charlesworth denomina las fronteras del canon tradicional de los derechos humanos¹⁰³.

Tras la Carta de Naciones Unidas y la DUDH, que no dieron respuesta a las necesidades específicas de las mujeres, algunos convenios internacionales comenzaron sutilmente a alterar las fronteras entre la esfera pública y privada, si bien estos tratados - inicialmente sectoriales- que reconocieron explícitamente determinados derechos a las mujeres no llegaron a cuestionar el trasfondo de la separación de lo público y lo privado basado en el género. La dicotomía de ambas esferas persistía, el silencio de las mujeres

¹⁰² OKIN, S.: “Gender, the public, and the private” en *Feminism and Politics*, ed. Anne Phillips, Oxford University Press, New York, 1998, p. 117.

¹⁰³ Vid. CHARLESWORTH “*What are Women’s...*”, op. cit., p. 60.

continuaba y muchos intereses y problemas específicos de las mujeres quedaban sin regular y sin protección, fuera del campo del Derecho, como, por ejemplo, la violencia contra la mujer basada en su género. Entre estos primeros tratados que regularon derechos de las mujeres destacan la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer y la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, que incide directamente en la protección de su integridad. Para Durán es significativo que los primeros tratados internacionales sobre los derechos de las mujeres se refieran a la nacionalidad y al ejercicio político, dos áreas de actuación en las que se pretendía garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones: la vida privada (nacionalidad) y la vida pública (derechos políticos)¹⁰⁴.

La nacionalidad es un elemento clave para que el Estado pueda ejercer su protección y para la plena participación de la mujer en la sociedad. En este sentido, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957¹⁰⁵ -aprobada por 47 votos a favor, 2 en contra y 24 abstenciones- supuso un avance importante en el ámbito del Derecho Internacional gracias al reconocimiento del derecho de las mujeres casadas a adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad en los mismos términos que los hombres. Hasta su aprobación, la mayoría de las legislaciones internas obligaban a las mujeres casadas con extranjeros a adquirir automáticamente la nacionalidad de su marido. Esta imposición, cuyo fundamento era el sometimiento de la esposa al cabeza de familia, privaba a las mujeres, sin su consentimiento, de su propia nacionalidad y, en algunos casos, las convertía en apátridas¹⁰⁶. Con la Convención, pues, se pretendía resolver los conflictos de ley y de práctica en materia de nacionalidad como consecuencia de las disposiciones discriminatorias. De esta manera, el texto eliminaba el principio de que la mujer casada seguía automáticamente al marido en materia de nacionalidad y disponía que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, afectaba automáticamente

¹⁰⁴ DURÁN P.: *Las Naciones Unidas y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer, INSTRAW, 2005, p. 23.

¹⁰⁵ Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. N.U. Doc. A/RES/1040 (XI), 29 de enero de 1957. Serie de Tratados de Naciones Unidas, volumen 309, n. 4468, p. 65. España no ha ratificado esta Convención, sin embargo, nuestra Constitución garantiza que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. El artículo 11 de la Constitución española de 1978 dispone: “1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad...” Una sinopsis del artículo 11 realizada por LUIS GÁLVEZ MUÑOZ y actualizada por SARA SIEIRA en Enero 2011. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=11&tipo=2> (última consulta 09/04/2019).

¹⁰⁶ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 31.

a la nacionalidad de la mujer. Si el nacional de un Estado Parte adquiría voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o renunciaba a su nacionalidad, nada impedía que su cónyuge conservara su propia nacionalidad¹⁰⁷.

Por tanto, una de las repercusiones más importantes de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada en la protección de la integridad de las mujeres es que sirvió de freno de los casos de apatridia de mujeres afectadas por leyes discriminatorias. No podemos pasar por alto que, como señalan los órganos de derechos humanos, las mujeres y niñas que carecen de nacionalidad son objeto de una doble discriminación: como mujeres y como personas apátridas¹⁰⁸. Sin embargo, es preciso recordar que esta Convención ha sido objeto de numerosas reservas que dificultan el ejercicio de los derechos reconocidos a las mujeres, pese a que el texto prohíbe expresamente la formulación de reservas a los artículos claves del tratado¹⁰⁹.

El problema de las reservas no sólo ha afectado a la Convención sobre la nacionalidad, también la Convención que se aprobó pocos años antes para regular los derechos políticos de la mujer y que proclamaba el derecho de éstas a votar en todas las elecciones, a ser elegibles para todos los organismos públicos electivos y a ocupar cargos públicos y ejercer funciones públicas, en igualdad de condiciones con los hombres¹¹⁰, ha sufrido el menoscabo de las reservas, la mayoría de ellas referidas al

¹⁰⁷ Por otro lado, una mujer extranjera casada con un nacional de un Estado Parte puede adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada. Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, cit. supra, artículos 1, 2 y 3.

¹⁰⁸ CEDAW, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II), 4 de febrero de 1994, Recomendación General núm. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. CEDAW, UN. Doc Recomendación General número 32, párrafos 51 a 63.

¹⁰⁹ Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada... cit supra, artículo 8. Sobre la prohibición parcial de establecer reservas a los tratados y sobre las reservas a los tratados en general: RIQUELME CORTADO, R.: *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Colección Estudios de Derecho. Universidad de Murcia, 2004, p. 113.

¹¹⁰ Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Resolución 640 (VII) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1952. Entrada en vigor el 7 de julio de 1954. Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 2613, Vol. 193, p. 135. Adhesión de España el 2 de febrero de 1973 (BOE núm. 97 de 23/04/1974). Al depositar el instrumento de adhesión España presentó tres reservas técnicas, referidas a los artículos I y III de la Convención que se entendería sin perjuicio de las disposiciones que en la vigente legislación española determinaban la condición de cabeza de familia; a los artículos II y VI que debían entenderse sin perjuicio de las normas relativas a la Jefatura del Estado contenidas en las Leyes Fundamentales españolas; y al artículo III que de forma general se debía entender sin perjuicio de que “determinadas funciones, que por su naturaleza, sólo puedan ser ejercidas de manera satisfactoria únicamente por hombres o únicamente por mujeres, lo sean exclusivamente y según los casos por aquellos o por estas, de acuerdo con la legislación española”.

El escaso progreso alcanzado en el cumplimiento del compromiso adquirido con la igualdad de hombres y mujeres fue, a juicio de algunos autores, el detonante de la elaboración de la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, aprobada con 46 votos a favor, ninguno en contra y 11 abstenciones. La iniciativa del texto surgió de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que solicitó al Secretario General de Naciones Unidas un estudio sobre la posibilidad de elaborar un texto similar a la Convención Interamericana de 1948, pionera en esta materia. El estudio del Secretario General reveló que

artículo III sobre el derecho de la mujer a ocupar cargos públicos y ejercer funciones públicas¹¹¹. Sostiene Abril Stoffels que las obligaciones establecidas en la Convención sobre los derechos políticos de la mujer buscaban la eliminación de los obstáculos formales a su participación política, pero no atacaban los obstáculos reales, sociales, económicos y de otro tipo que incidían en la participación efectiva de las mujeres en este ámbito. Por este motivo -señala la autora- no deberían haberse planteado muchos problemas a la hora de aceptar las obligaciones impuestas a los Estados y, sin embargo, no fue así, a la luz de la cantidad de declaraciones y reservas que se formularon al tratado¹¹².

En la actualidad, las limitaciones de los derechos políticos de las mujeres se nos pueden antojar superadas, pero, sin embargo, no es así, y en algunos países han prevalecido hasta bien entrado el siglo XXI. Tal es el caso de Kuwait, que aprobó el derecho de voto de la mujer y el derecho a presentarse a las elecciones en el año 2005¹¹³. En este ámbito, además, se producen, hoy por hoy, numerosas manifestaciones de violencia contra la mujer con el objetivo de disuadirlas de participar activamente en la política, como ha puesto de manifiesto la actual Relatora Especial sobre violencia contra la mujer en un informe reciente. Este tipo de violencia comprende, según la Relatora, todo acto de violencia basada en el género, o la amenaza de esos actos, que se traduce, o puede resultar en daños físicos, sexuales o psicológicos o sufrimiento y está dirigida contra la mujer en la política por su condición de mujer, o afecta a las mujeres de manera desproporcionada¹¹⁴.

un elevado número de países no garantizaban los derechos políticos de las mujeres y que sus legislaciones presentaban deficiencias en relación con la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Durán recuerda que en la década de los años 50 del siglo pasado prácticamente ningún Estado reconocía el derecho al voto para las mujeres y pone el acento en el avance que supuso el apoyo a esta Convención por parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. *Vid.*: RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 28; DURÁN op. cit, p. 23; Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos de la mujer, adoptada por la OEA el 5 de febrero de 1948. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-44.html> (última visita 09/04/2019); UN.Doc. E/CN.6/143, 28 abril 1950, Report of the Secretary-General to the CSW on the possibility of proposing a Convention on the Political rights of Women. UN. Doc. E/CN.6/131, 15 de marzo de 1950; “*Short History of the Commission...*”, op. cit, p. 5.

¹¹¹ *Vid.* RIQUELME CORTADO, op. cit, p. 122.

¹¹² ABRIL STOFFELS, R.: “España ante los ojos de la comunidad internacional: violencia contra las mujeres y participación política femenina” en *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Ruth Abril Stoffels y Ainhoa Uribe Otalora (Coord.), ed. Tirant, monografías 677, CEU Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2010, p. 18.

¹¹³ Véase noticia de 17/05/2005: https://elpais.com/diario/2005/05/17/internacional/1116280811_850215.html (última consulta 09/04/2019).

¹¹⁴ A/73/301, 6 de agosto 2018. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, “La violencia contra la mujer en la política”, párrafo 12 y ss. La Relatora analiza

Otro tratado de singular importancia para la protección de la integridad de la mujer se aprobó en la década de los años 60 del siglo pasado en desarrollo del artículo 16 de la DUDH que regula el derecho a casarse y fundar una familia. Así, a iniciativa de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, se aprobó la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios¹¹⁵. Dos instrumentos jurídicos anteriores influyeron de forma decisiva en su elaboración. Por una parte, la Resolución de la Asamblea General de 1954 que declaraba incompatibles con los principios de la Carta de Naciones Unidas algunas costumbres y leyes antiguas relativas al matrimonio que atentaban contra la dignidad de las mujeres y que, en consecuencia, debían ser eliminadas, como por ejemplo, poner precio a las novias o los matrimonios entre niños¹¹⁶; y, por otra parte, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956, que recogía el compromiso de los Estados de abolir prácticas asimiladas a la esclavitud, como los matrimonios forzados y la venta de esposas.

Con los precedentes apuntados, la Convención sobre el matrimonio establece dos reglas generales, no exentas, sin embargo, de excepciones. La primera de ellas es la prohibición de contraer matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos cónyuges, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente y testigos, y de acuerdo con la ley. La excepción aparece cuando la norma indica que no hace falta que los contrayentes expresen su consentimiento en persona si la autoridad competente se muestra convencida de que existen circunstancias excepcionales y el contrayente expresa su consentimiento del modo prescrito por la ley. La segunda regla general es la existencia de una edad mínima para contraer matrimonio, que la Convención, sin embargo, no establece, dejando que sea fijada por los Estados Partes en sus legislaciones internas. La edad mínima para el matrimonio, no obstante –y

en concreto la violencia contra la mujer en los parlamentos y la violencia contra la mujer en las elecciones.

¹¹⁵ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, 7 de noviembre de 1962. Serie de Tratados de Naciones Unidas, volumen 521, n. 7525, p.231. Entrada en vigor 9 diciembre de 1964. N.U. Doc. A/RES/1763 (XVII), 7 de noviembre de 1962. Ratificado por España el 15 abril de 1969 (BOE núm. 128 de 29 mayo de 1969).

¹¹⁶ A/RES/843 (IX), 17 de diciembre de 1954, Status of women in private law: customs, ancient laws, and practices affecting the human dignity of women. Conforme a la Resolución, los Estados debían adoptar medidas para garantizar la libertad de elección del cónyuge y el derecho de las viudas a mantener la custodia de sus hijos y la libertad para volver a casarse, así como, para eliminar la costumbre de poner precio a las novias y la costumbre de los matrimonios entre niños. También debían establecer un registro civil de matrimonios y divorcios.

aquí está la excepción-, puede dispensarse por la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes¹¹⁷.

Dos años después de la entrada en vigor de esta Convención, la Asamblea General adoptó una Recomendación en la que establecía como criterio universal la edad mínima de 15 años para contraer matrimonio, salvo dispensa por la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los cónyuges¹¹⁸. No obstante, el carácter no vinculante de esta norma, su naturaleza meramente recomendatoria, permite a los Estados apartarse de ella sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad internacional. Como ponen de manifiesto los informes de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, las legislaciones de los Estados divergen sobre la edad para contraer matrimonio y, en algunos casos, establecen diferentes edades para los hombres y las mujeres, siendo normalmente más baja para las mujeres, como ocurre, por ejemplo, en Colombia, Japón, México y Turquía¹¹⁹.

Los tratados que hemos visto a lo largo de este epígrafe - primeros tratados específicos sobre derechos de las mujeres-, tienen en común, en opinión de los autores, la limitación de su ámbito de aplicación y la ausencia de disposiciones de control de su aplicación¹²⁰. Díaz Peralta apunta a esta falta de mecanismos de control de los tratados y al número de ratificaciones que alcanzaron, como condicionantes de su éxito. Sin embargo, a juicio de la autora, no conviene minimizar su importancia porque su elaboración propició la discusión más amplia que sobre la condición de la mujer y sus necesidades específicas se había llevado a cabo hasta ese momento en el seno de las Naciones Unidas¹²¹.

¹¹⁷ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, cit. supra, artículos 1 y 2.

¹¹⁸ A/RES/2018(XX), 1 de noviembre de 1965, Principio II.

¹¹⁹ E/CN.4/2002/83, 31 enero de 2002, “Prácticas culturales dentro de la familia que entrañan violencia contra la mujer”, párrafo 66. En fechas recientes, la Corte Constitucional de la República de Colombia ha dictado una Sentencia sobre la inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil colombiano que fija la edad para contraer matrimonio en 14 años para los niños y 12 años para las niñas. La Corte, fundamentando su decisión en las normas y tratados internacionales, entre otras, resuelve poner fin a esa desigualdad y fija una edad única de 14 años. *Vid.* Sentencia C-507/04, de 25 de mayo de 2004, de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Por otro lado, el nuevo Código Civil turco, aprobado en noviembre de 2001, eleva la edad para contraer matrimonio hasta los 17 años, tanto para hombres como para mujeres. Si bien, prevé que por causas justificadas y en situaciones extremas los mayores de 16 años pueden casarse previa autorización judicial. *Vid.* ABC, noticia aparecida el 09/12/2015, http://www.abc.es/sociedad/abci-matrimonios-novias-menores-edad-suponen-tercio-total-turquia-201512091730_noticia.html (última consulta 09/04/2019).

¹²⁰ REANDA, L.: “Human Rights and Women’s Rights: The United Nations Approach” en *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, núm. 2, 1981, pp. 11 a 31, p. 19.

¹²¹ *Vid.* DÍEZ PERALTA, op. cit. p. 99.

Podemos decir, por tanto, que los primeros tratados que incluían específicamente derechos de la mujer y que pretendían ampliar la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, tanto en la esfera pública como en la privada, incidieron en forma positiva en la protección de la integridad física y moral de la mujer. Por una parte, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada sirvió como freno para reducir los casos de apatridia por la aplicación de leyes discriminatorias que privaban a las mujeres sin su consentimiento de su propia nacionalidad. Por otra parte, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio estableció en un texto de carácter vinculante la prohibición de contraer matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, hay varios puntos que menoscaban la efectividad de los derechos que estos instrumentos reconocen. Por un lado, el problema de las reservas de las que han sido objeto y que ponen de manifiesto las reticencias de los Estados a que las mujeres amplíen su campo de decisión en todos los ámbitos, público y privado. Y, por otro lado, la ausencia de mecanismos de supervisión y control de su cumplimiento, que afecta a la efectividad y aplicación de los tratados.

7.- LOS GRANDES PACTOS DE DERECHOS HUMANOS Y SUS MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

La aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹²², representó la máxima expresión de reconocimiento y protección de los derechos humanos. A ello contribuyó el hecho de que se trataban, a diferencia de la DUDH, de instrumentos convencionales de los que se derivaban obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados¹²³. La

¹²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Serie de Tratados de Naciones Unidas, n°. 14668, vol. 999, p.171. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103 de 30/4/1977). Forman parte de este tratado 169 Estados.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Serie de Tratados de Naciones Unidas, n°. 14531, vol. 993, p.3. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977). Forman parte de este tratado 165 Estados.

La confrontación ideológica Este-Oeste y la finalización del proceso colonizador fueron factores que influyeron de manera decisiva en la aprobación de los grandes Pactos. Díez Peralta afirma que a partir de 1960 las Naciones Unidas comenzaron a desplazar su atención hacia cuestiones de índole más social y cultural, una vez gestionado el vasto proceso de descolonización, y sus actividades se tornaron hacia la defensa de los derechos del individuo. *Vid.* DÍEZ PERALTA, op. cit., p. 99.

¹²³ Desde la fecha de aprobación de la DUDH hasta la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Declaración Universal fue el único instrumento que establecía estándares

DUDH junto a los grandes Pactos de 1966, constituyen lo que la doctrina denomina la *Carta Internacional de los Derechos Humanos* o el *Código Internacional de los Derechos Humanos*¹²⁴.

7.1- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Los derechos humanos reconocidos en la DUDH se consagraron en dos textos jurídicos diferentes que reflejaban la división artificial -enfaticada por la ideología de bloques imperante durante la guerra fría- entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales¹²⁵. La distinción no era meramente formal, sino que implicaba un tratamiento jurídico diferente para unos y otros que privilegiaba a

concretos de protección de derechos humanos, utilizándose como parámetro de referencia en los Convenios internacionales, en las Resoluciones de la Asamblea General, en la jurisprudencia internacional y en los textos de Derecho interno de los Estados. CASTILLO DAUDÍ, M.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 59.

¹²⁴ Vid. ORÁA J. Y GÓMEZ ISA, *La Declaración...* op.cit., p.41. Para Villán Durán se trata de un código normativo *sui generis*, compuesto de normas procesales y sustantivas que ha dado origen a una amplia red de instituciones que configuran el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos. VILLÁN DURÁN, C.: “Los Derechos Humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas” en *Inmigración, derechos humanos y relaciones internacionales. Antecedentes, situación actual y perspectivas de futuro*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, publicado en UGT de Castilla y León (Editor), León, 2005, pp. 149-180.

¹²⁵ Una de las figuras más relevantes que ha abordado el tema de la división de los derechos humanos es Karel Vasak, que en 1979 propuso en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo su teoría de las tres generaciones de derechos basada en los valores europeos y en el lema de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad. Así, para Vasak, los derechos humanos de primera generación son fundamentalmente los derechos civiles y políticos que fueron consagrados por primera vez en la DUDH y posteriormente en el PIDCP; los derechos humanos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos en la DUDH y posteriormente en el PIDESC; y, finalmente, los derechos humanos de tercera generación son los derechos de reciente creación vinculados con el valor de la solidaridad y que han surgido por acuerdo de la comunidad internacional, entre ellos, por ejemplo, el derecho a la paz o a la calidad de vida. KAREL VASAK: *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO Courier 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977.

Para algunos autores, sin embargo, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, no pueden ni lógica ni prácticamente ser separados en compartimentos estancos. STEINER ALSTON: *International Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 263, citado en MILÁ MORENO, J: “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, FELIPE GÓMEZ ISA (director), JOSÉ MANUEL PUREZA, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 190. Cançado Trindade nos recuerda que tal compartimentación de derechos no había sido propugnada por los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ya incluyeron ambas categorías de derechos. El autor es contundente a este respecto y afirma que “la fantasía nefasta de las llamadas “generaciones de derechos”, histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmitificada”. Para Cançado Trindade el fenómeno que hoy se puede testimoniar no es el de una *sucesión* sino de una *expansión*, *acumulación* y *fortalecimiento* de los derechos humanos con una visión integrada de los mismos. CANÇADO TRINDADE, A.: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed. Actualizada, Chile, 2006, pp. 96 y 134.

los civiles y políticos frente a los económicos, sociales y culturales, dotando a los primeros de mecanismos de control y tutela más rígidos y específicos¹²⁶. Los Pactos, no obstante, mantienen una visión unívoca de los derechos humanos que se puede percibir en el Preámbulo de ambos textos cuando señalan de manera común que “de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”¹²⁷.

Tanto el PIDCP como el PIDESC recogen los dos principios que ya fueron proclamados por la Carta de las Naciones Unidas y por la DUDH y que afectan directamente a los derechos de las mujeres: el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el principio de no discriminación por razón de sexo¹²⁸. Los dos principios están imbricados en el contenido de los textos, afectan a la totalidad de los derechos protegidos por los Pactos e informan la aplicación de estos. Los Estados deben garantizar a las mujeres el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en los Pactos en igualdad de condiciones con los hombres. Sin embargo, el reconocimiento de esta igualdad es sólo formal, *de iure*, ya que los Pactos ignoran la situación de hecho de las mujeres, lo que da lugar a formas graves de discriminación, entre ellas, la violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones, a la que los Pactos no hacen ninguna referencia.

Por lo que respecta a la protección ofrecida, los dos Pactos representan el catálogo de derechos más completo y preciso que hasta ese momento se había

¹²⁶ VILLÁN DURÁN, C.: “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Cátedra Gerardo Molina, Pablo Elías González Mongui (coord.), Universidad Libre de Colombia, Bogotá 2009, p. 16. Nowak, por su parte, afirma que originariamente las Naciones Unidas previeron la elaboración de un único tratado general sobre derechos humanos para dar fuerza vinculante a las disposiciones de la DUDH; sin embargo, los Estados occidentales lograron imponer sus criterios y crear dos Pactos diferentes, con diferentes obligaciones para los Estados y diferentes órganos y mecanismos de supervisión, en la consideración de que los derechos civiles y políticos eran derechos humanos genuinos que podían ser garantizados de manera inmediata y con procedimientos de naturaleza judicial, y los derechos económicos, sociales y culturales eran, en cambio, únicamente “derechos programáticos”. NOWAK, M. “El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, FELIPE GÓMEZ ISA (director), JOSÉ MANUEL PUREZA, 2004, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 166. En la misma obra sobre la génesis de los Pactos: Vid. MILÁ MORENO, op. cit., p. 188 y ss. Vid. también RUILOBA ALBARIÑO, J.: “Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp.89 y ss.

¹²⁷ PIDCP, PIDESC, cit. supra, segundo “Reconociendo” del Preámbulo de ambos textos.

¹²⁸ PIDCP, cit. supra, artículos 2.1, 3 y 26, y PIDESC, cit. supra, artículos 2.2 y 3.

contemplado en los textos jurídicos universales¹²⁹. Sin embargo, estos derechos no se extienden a situaciones y daños específicos que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres, aún siendo algunos de estos -el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre-, inderogables, como los ha calificado el Comité de Derechos Humanos¹³⁰, sin que puedan ser suspendidos por los Estados bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones excepcionales¹³¹. La razón de esta cortedad y parcialidad que invisibiliza a las mujeres se encuentra en la concepción misma de estos derechos que el sistema jurídico enfoca para que operen en el ámbito público, hacia las acciones públicas del Estado. Como ha señalado Charlesworth, en la definición de los derechos de la primera generación -derechos políticos y civiles- el funcionamiento de la distinción entre el ámbito público y el privado aparece de forma muy clara. Así, el derecho a la vida, el más importante de todos ellos, tiene que ver con la privación arbitraria de la vida mediante la acción pública, pero no abarca los casos donde el hecho de ser mujer constituye en sí mismo una amenaza contra la vida ni las formas especiales de protección legal que requieren las mujeres para poder disfrutar de su derecho a la vida, de tal manera que la violencia contra la mujer no tiene respuesta en la concepción jurídica internacional del derecho a la vida. Lo mismo ocurre con la prohibición de la

¹²⁹ Los derechos reconocidos en el PIDCP son: el derecho a la vida (art. 6), la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 8), el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9), el derecho a un trato humano a todas las personas privadas de libertad (art. 10), la prohibición de la prisión por deudas (art. 11), la libertad de circulación (art. 12), las garantías para la expulsión de los extranjeros (art. 13), la igualdad de toda persona ante los tribunales de justicia (art. 14), el principio de legalidad en materia penal (art. 15), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16), el derecho a la intimidad (art. 17), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18), la libertad de opinión (art. 19), la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso (art. 20), el derecho de reunión pacífica (art. 21), la libertad de asociación (art. 22), la protección de la familia (art. 23), los derechos del niño (art. 24), el derecho a participar en los asuntos públicos y derecho de voto (art. 25), la igualdad ante la ley (art. 26) y el derecho de las minorías (art. 27). Castillo Daudí señala que algunos derechos reconocidos por la Declaración Universal no se recogen en el PIDCP, tal es el caso del derecho a buscar asilo en caso de persecución, el derecho a la nacionalidad -excepto en lo que se refiere a los niños- y el derecho de propiedad. *Vid.* CASTILLO DAUDÍ, op.cit., p. 86.

El PIDESC, por su parte, reconoce los siguientes derechos: derecho a trabajar (art. 6), derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), derecho sindical y derecho de huelga (art. 8), derecho a la seguridad social (art. 9), protección y asistencia a la familia (art. 10), derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11), derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), derecho a la educación (arts. 13 y 14) y derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico (art. 15).

¹³⁰ Comentario General número 24 del Comité de Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1994, párrafo 10.

¹³¹ No ocurre lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales cuya suspensión no está prevista en el PIDESC, pero sí su limitación por ley en la medida compatible con su naturaleza y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. PIDCP, cit. supra, artículo 4, y PIDESC, cit. supra, artículo 4.

tortura, que debe ser infligida por funcionario público o persona que actúe de manera oficial; con el derecho a la libertad y la seguridad que opera en el contexto de la acción del Estado y no tiene en cuenta el temor a la violencia sexual que sufren muchas mujeres; o con el derecho a la libertad de expresión que incluye el derecho a elaborar, distribuir y usar pornografía sin tener en cuenta la relación de esta actividad con la violencia contra la mujer. La dicotomía entre lo público y lo privado marcada por el género se reafirma igualmente en los derechos de la segunda generación -derechos económicos, sociales y culturales- y los derechos de la tercera generación como, por ejemplo, el derecho al desarrollo¹³².

Los Pactos presentan importantes diferencias en la regulación de las obligaciones de los Estados y en los mecanismos de control del cumplimiento de estas obligaciones. En relación con las obligaciones de los Estados, el artículo 2 del PIDCP recoge el compromiso de respetar y garantizar los derechos incluidos en el texto, así como de adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos¹³³. El Comité de Derechos Humanos en la Observación General número 31 aclara que esta obligación de dar efectividad a los derechos del PIDCP produce un efecto inmediato en todos los Estados Partes y no está condicionada por cuestiones políticas, sociales, culturales o económicas. La obligación es tanto de carácter negativo como positivo. Así, por una parte, los Estados deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y, por otra parte, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas, y de otra índole, para que los derechos puedan realizarse. Tal es el carácter de los derechos civiles y políticos, que, según el Comité, todo Estado Parte del PIDCP tiene un interés jurídico en el cumplimiento por parte de los demás de sus obligaciones y, como consecuencia de ello, el Comité recomienda a los Estados que consideren que toda violación de los derechos del Pacto por cualquier Estado merece ser objeto de la atención del Comité de Derechos Humanos “y, lejos de tratarse de un acto poco amistoso, debe ser considerado como un reflejo del interés legítimo de la comunidad”¹³⁴.

Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, se concretan en la adopción de medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de estos. El PIDESC no atribuye de forma directa

¹³² Vid. CHARLESWORTH, “*What are Women’s...*”, op. cit., pp. 71 a 76.

¹³³ PIDCP, cit. supra, artículo 2.

¹³⁴ Observación General número 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 80º período de sesiones, 2004, párrafos 2 y ss.

derechos al individuo, como sucede en el caso de los derechos políticos y civiles, sino en función de las disponibilidades del Estado¹³⁵. La “progresividad” y “disponibilidad de recursos” tiene una importante incidencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, como así han señalado los autores¹³⁶. No obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General número 3 sobre el alcance de las obligaciones de los Estados, excluye de esa “progresividad y disponibilidad” la obligación de los Estados de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres y el principio de no discriminación. Así, el Comité indica que, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos, impone también varias obligaciones con efecto inmediato y una de ellas es garantizar la igualdad entre hombres y mujeres y el respeto al principio de no discriminación. Además, el Comité señala que las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Partes en relación con los derechos económicos, sociales y culturales incluyen tanto obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado¹³⁷, lo que, a nuestro modo de ver, les obliga a garantizar la realización de la igualdad real. Aunque para algunos autores la “progresividad” es el talón de Aquiles de los derechos económicos, sociales y culturales, y el artículo 2 del PIDESC es la cristalización de la discriminación en el trato a favor de los derechos civiles y políticos¹³⁸, otros autores, por el contrario, piensan que se revelan nuevos aspectos concretos de los derechos económicos, sociales y culturales que los hacen susceptibles de ser objeto de justiciabilidad interna e internacional, y por lo tanto, no parece justificable privar a estos derechos de los mismos mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los que disfrutaban los derechos civiles y políticos¹³⁹.

El otro punto en el que difieren ambos Pactos es el relativo al control de su aplicación. El PIDCP estableció el Comité de Derechos Humanos como órgano de supervisión del Pacto¹⁴⁰. El PIDESC, por su parte, no estableció la creación de ningún Comité similar como mecanismo de control, aunque, posteriormente, el ECOSOC instituyó, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) para

¹³⁵ PIDESC, cit. supra, artículo 2.

¹³⁶ Vid. RUILOBA ALBARÍÑO, op. cit., p.119.

¹³⁷ Observación General número 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes” (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones (1990), párrafos 2, 3, 7 y 10.

¹³⁸ Vid. VILLÁN DURÁN *Historia y descripción general...* op. cit. pp. 22 y ss.

¹³⁹ Vid. MILÁ MORENO, op. cit. p. 193.

¹⁴⁰ PIDCP, cit. supra, artículos 28.1, 40.4. El Comité fue establecido en la primera reunión de los Estados Partes el 20 de septiembre de 1976 y celebró su primer período de sesiones del 21 de marzo al 1 de abril de 1977. El Comité se dotó de un Reglamento interno (CCPR/C/3/Rev. 5, 11 de agosto de 1997).

mejorar el funcionamiento del mecanismo de control del propio Pacto¹⁴¹. Este Comité, al igual que el anterior, está compuesto por dieciocho expertos independientes que, a título personal, desempeñan las funciones de supervisión del Pacto.

También existen diferencias en los mecanismos de supervisión. El PIDCP establecía originariamente un mecanismo obligatorio, que consistía en la presentación de informes por parte de los Estados que debía examinar el Comité; y otro potestativo de comunicaciones interestatales -aquellas en las que un Estado alega que otro ha incumplido las obligaciones impuestas por el Pacto- para los Estados que hubiesen reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar dichas comunicaciones¹⁴². Estos mecanismos de control fueron completados por el Protocolo Facultativo del PIDCP de 1966, que facultaba al Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales de personas físicas que alegasen ser víctimas de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto por parte de un Estado¹⁴³. Esta posibilidad de presentar denuncias individuales ante el Comité amplió la protección internacional de los derechos de las mujeres al permitir que pudiesen denunciar directamente la violación de sus derechos ante este órgano especializado de Naciones Unidas. Sin embargo, algunos autores subrayan la dificultad de acceso de las víctimas a esta instancia internacional, excesivamente lenta y sofisticada. Para Ruiloba Albariño, la debilidad congénita de este mecanismo reside en que la decisión del Comité carece de fuerza obligatoria para el Estado denunciado, por lo que deja a merced de la buena fe de éste la adopción de las medidas recomendadas por este organismo. A ello hay que sumar la existencia de numerosas causas de inadmisibilidad de las comunicaciones y el desequilibrio procesal crónico a favor del Estado¹⁴⁴.

Pese a lo apuntado, para Reanda el sistema introducido por el PIDCP fue el de mayor alcance hasta la fecha en el campo de los derechos humanos. Dice esta autora que una revisión de los informes presentados por los Estados Partes y de los debates en

¹⁴¹ E/RES/1985-17 ECOSOC Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

¹⁴² PIDCP, cit. supra, artículos 40 y 41. El procedimiento de comunicaciones interestatales nunca ha sido utilizado por los Estados. Vid. VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 445.

¹⁴³ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. En la actualidad 116 Estados son Partes del Protocolo. Instrumento de adhesión de España de 17 de enero de 1985 (BOE núm. 79 de 2 de abril de 1985). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 44/128 el 15 de diciembre de 1989. En la actualidad 84 Estados son Partes del Protocolo. Ratificado por España el 22 de marzo de 1991 (BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991).

¹⁴⁴ Vid. RUILOBA ALBARIÑO, op. cit., p.111.

el seno del Comité muestra que las cuestiones relativas a la condición de las mujeres a menudo se discutían. Sin embargo, el énfasis de estas cuestiones se ponía generalmente en la situación legal de las mujeres más que en la situación de hecho, por lo que la discriminación contra las mujeres proveniente del derecho consuetudinario, de instituciones y prácticas tradicionales o de otras formas de opresión, no definidas específicamente en el Pacto, tendía a descuidarse. Además, el examen de la condición jurídica de las mujeres, por lo general, se limitaba a ciertas áreas que se consideraban "derechos de las mujeres" y no sobre la totalidad de los derechos humanos protegidos por el Pacto y las garantías de su pleno disfrute, aún conociéndose que en muchos Estados Partes las prácticas discriminatorias contra las mujeres persistían, de hecho y de derecho, como se constataba con la existencia de la segregación de la vida pública, la poligamia, el sistema de la dote, la mutilación genital o la prostitución forzada. Todo ello le hace concluir a Reanda que la efectividad de los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos de las mujeres se ha mantenido muy limitada a pesar de que estos instrumentos han establecido el principio de igualdad de los sexos y que los Estados se han comprometido a llevar a cabo su realización¹⁴⁵.

El PIDESC, por su parte, únicamente contemplaba en su origen la presentación de informes por parte de los Estados como mecanismo de control del Pacto.¹⁴⁶ Posteriormente, en 2008, con la aprobación del aplaudido Protocolo Facultativo del Pacto¹⁴⁷, se ampliaron estos mecanismos y se introdujeron tres nuevos procedimientos:

¹⁴⁵ "...it can be concluded that the effectiveness of these instruments for protection of the human rights of women has remained extremely limited despite the fact that these instruments have established the principle of the equality of sexes and that states have pledged to bring about its realization." *Vid. REANDA*, op. cit., pp. 14-18.

¹⁴⁶ PIDESC, cit. supra, artículos 16, 18, 19 y 21. Los informes de los Estados deben ser presentados de forma periódica al Secretario General de Naciones Unidas que los transmitirá al ECOSOC y a los organismos especializados interesados. Asimismo, el ECOSOC también podrá transmitir los informes a la Comisión de Derechos Humanos (hoy Consejo de Derechos Humanos) y a la Asamblea General. El CDESC -como órgano de vigilancia de la aplicación del Pacto- elaboró en 1999 unas directrices que contenían indicaciones sobre la información que debían proporcionarles los Estados. *Vid. E/2000/22, E/C.12/1999/11* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe sobre los períodos de sesiones 20º y 21º (26 de abril a 14 de mayo de 1999 y 15 de noviembre a 3 de diciembre de 1999).

¹⁴⁷ Protocolo Facultativo del PIDESC, aprobado por Resolución de la Asamblea General 63/117, 10 de diciembre de 2008. Serie de Tratados de Naciones Unidas No. 14531. Instrumento de ratificación de España de 9 de julio de 2010 (BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2013). En la actualidad 22 Estados son Partes del Protocolo. La doctrina, en general considera un gran avance la aprobación de este Protocolo en la protección de los derechos humanos. Villán Durán lo califica como un hito en la historia de los derechos humanos, por tratarse de la primera norma convencional internacional de alcance universal que establece vías procesales internacionales para hacer efectiva la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, equiparándola así a los derechos civiles y políticos. De la misma opinión, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, destacó, tras aprobarse el texto, la importancia del Protocolo Facultativo; la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; y la tendencia a una visión unificada y

el sistema de comunicaciones o denuncias individuales, las comunicaciones interestatales y los procedimientos de investigación en caso de violaciones graves y sistemáticas de derechos¹⁴⁸.

7.2.- La labor de sus Comités.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no hacen referencia expresa a la violencia contra las mujeres ni a la discriminación de hecho que éstas sufren, sino que se limitan a reafirmar formalmente el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el principio de no discriminación por sexo. Sin embargo, los Comités de ambos Pactos a través de sus Observaciones Generales sí se han pronunciado expresamente sobre la situación de las mujeres, la igualdad real o de hecho y diversas manifestaciones de violencia contra la mujer que lesionan los derechos reconocidos en los tratados¹⁴⁹. Estos documentos no son instrumentos de naturaleza vinculante sino de carácter recomendatorio y orientativo sobre el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones derivadas de los Pactos, pero tienen un valor importante en la delimitación de su alcance y contenido, ya que, con una interpretación extensiva pueden suplir las

comprehensiva de los derechos humanos en general. Vid. VILLÁN DURÁN, C.: “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ (Dir.) ANTONIO PASTOR PALOMAR (Coord.), Vol. 1, Colección Escuela Diplomática nº 15, Madrid, 2009, p. 312 y ss.; Statement by Ms. LOUISE ARBOUR, High Commissioner for Human Rights to the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Fifth session, Salle XII, Palais des Nations, Monday 31 March 2008.

¹⁴⁸ Protocolo Facultativo del PIDESC, cit. supra, artículos 1, 2, 3, 5, 8, 10, y 11. El procedimiento de comunicaciones individuales únicamente obliga a los Estados Partes en el Pacto que lleguen a formar parte del Protocolo. Por tanto, los Estados que suscriban ambos instrumentos aceptan implícitamente la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones relativas a la vulneración de alguna disposición del Pacto. Las comunicaciones individuales pueden ser presentadas: por las personas víctimas de una violación de sus derechos, y por otras personas en su nombre, y, en caso excepcionales, sin el consentimiento de las propias víctimas (artículo 2). Dichas comunicaciones deben cumplir los requisitos de forma previstos en el artículo 3 del Protocolo para que se pueda declarar su admisibilidad, entre ellos, el agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos del país denunciado. Villán Durán señala como características del procedimiento de comunicaciones individuales las siguientes: facultativo, reglado, confidencial, contradictorio y con una finalidad protectora y de carácter *ex post ipso*. Por otra parte, para este autor, el procedimiento de investigación de violaciones graves y sistemáticas de derechos, ha revelado, una escasa utilidad en la práctica debido a su carácter confidencial y al desequilibrio procesal a favor del Estado, a lo que se suma la lentitud del proceso y la escasa información pública que se facilita de sus resultados. Vid. VILLÁN DURÁN *El Protocolo Facultativo del Pacto...* op. cit., pp. 312 y ss.

¹⁴⁹ Las Observaciones del Comité de Derechos Humanos están disponibles en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/> (última consulta (09/04/2019)). Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, están disponibles en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html (última consulta (09/04/2019)).

lagunas de los propios textos y extender su aplicación a aspectos no contemplados inicialmente en los mismos.

Entre las Observaciones Generales destacamos la que los Comités dedican a la interpretación del artículo 3 de ambos Pactos que regula la igualdad de derechos entre hombres y mujeres - la Observación número 28 del Comité de Derechos Humanos y la Observación número 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁰-. A través de ellas los Comités extienden la protección que ofrecen los Pactos a diversas formas de violencia contra la mujer.

Para los Comités, las diferentes formas de violencia contra la mujer que implican vulneraciones de los derechos reconocidos en los Pactos, tienen su origen en la desigualdad que padecen las mujeres y que, en su opinión, está profundamente arraigada en la tradición, la historia, la cultura y las actitudes religiosas, y es consecuencia de discriminación directa o encubierta¹⁵¹. Por ello, ambos Comités abogan por el derecho a la igualdad real y efectiva -y no sólo formal- que nace de los Pactos. Esa igualdad material o de hecho debe traspasar e impregnar todos los derechos reconocidos en los tratados y debe ser garantizada por los Estados mediante la adopción de medidas de protección y de medidas positivas que amparen a las mujeres no sólo de las violaciones

¹⁵⁰ Comité de Derechos humanos, Observación General número 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, “Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000). Esta Observación General reemplaza a la Observación General número 4 del mismo Comité.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 16, 34º período de sesiones (2005) “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3)”.

A través de estos documentos los Comités delimitan el contenido y alcance de la igualdad entre hombres y mujeres en relación con el resto de los derechos enunciados y reconocidos en los textos: derecho a la vida, prohibición de tortura y tratos crueles e inhumanos, derecho a la personalidad jurídica, etc.

¹⁵¹ Observación General número 28, cit. supra, párrafos 3 a 8; Observación General número 16, cit. supra, párrafos 4 y 5. Para los Comités, la igualdad debe entenderse en sentido amplio que incluya la igualdad de hecho y de derecho, la igualdad en la ley y ante la ley. El principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad. Y las medidas especiales provisionales son aquellas que deben adoptar los Estados en ocasiones para la aplicación de ambos principios, ya que estos principios por sí solos no siempre garantizan una auténtica igualdad. Observación General número 16, cit. supra, párrafo 41.

La definición del concepto de discriminación fue objeto de la Observación General número 18 del Comité de Derechos Humanos. Observación General número 18 - No discriminación. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989). *Fuente*: Nº 1 a Nº 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), párrafos 12 y 13. El Comité de derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, también ha dedicado una Observación General específica al principio de no discriminación en la que apunta que, para la eliminación de la discriminación sistémica, los Estados Partes deben adoptar un enfoque proactivo, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal. *Vid.* Observación General nº 20 de 2 julio 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC), E/C.12/GC/20, párrafos 20, 33 y 39.

de sus derechos por parte de los agentes estatales sino también de los actos cometidos por personas privadas que obstaculicen el disfrute de sus derechos. Los Estados, por tanto, deben poner término a los actos discriminatorios que se produzcan tanto en la esfera pública como en la esfera privada.

Los Comités afirman que ciertas prácticas nocivas, como el infanticidio de niñas, la quema de viudas o los asesinatos por causa de la dote, vulneran el derecho a la vida de las mujeres. La violencia en el hogar, el aborto o la esterilización forzosa, la práctica de la mutilación genital, la esclavitud encubierta en forma de servicios domésticos o servicios personales de otra índole, e incluso la imposición a la mujer de una forma de vestir en público, pueden entrañar una infracción de diversas disposiciones del Pacto, incluida la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes establecida en el artículo 7 del PIDCP. El ejercicio de atribuciones otorgadas al marido sobre la esposa o al padre sobre las hijas adultas, y las exigencias, de hecho, o de derecho, que impidan a la mujer adulta viajar sin el consentimiento de un tercero para que se expida un pasaporte u otro tipo de documento de viaje, vulneran los derechos relacionados con la libertad y seguridad que garantizan los tratados. El hecho de tener en cuenta la vida sexual de una mujer para decidir el alcance de sus derechos y la protección que le ofrece la ley frente a la violación, la exigencia de la autorización del marido en el ámbito de las funciones reproductivas de la mujer, la imposición a los médicos y a otros funcionarios de la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, o la exigencia de pruebas de embarazo por parte de los empresarios para contratar a una mujer, vulneran el derecho a la vida privada de la mujer. La exigencia de autorización de padres, esposos, hermanos u otros para el ejercicio por parte de la mujer de su libertad de pensamiento, conciencia o religión, vulnera las libertades consagradas en los Pactos. Las leyes que exoneran al violador de responsabilidad penal o la atenúan si se casa con la víctima; las leyes y costumbres que impidan a una mujer casarse con un hombre que profese una religión diferente a la familiar o que no profese ninguna; y la poligamia - incompatible con el principio de igualdad de trato-, vulneran los derechos al matrimonio y a fundar una familia. Los “crímenes de honor” y otras prácticas similares están vinculadas a la infracción del artículo 26 del PIDCP que establece la igualdad ante la ley y la protección igual y efectiva de todas las personas sin discriminación¹⁵².

¹⁵² Observación General número 28, cit. supra, párrafos 10 a 31.

La aplicación efectiva del PIDESC, por otro lado, implica la igualdad de acceso al empleo, en la ley y en la práctica, la eliminación de las causas que subyacen a las diferencias de remuneración por trabajo de igual valor, la fijación de la misma edad obligatoria de jubilación para hombres y mujeres o las mismas prestaciones de los sistemas de seguridad social. Los Estados deben combatir las prácticas consuetudinarias que afectan negativamente a la salud de la mujer y a su derecho a la educación como, por ejemplo, las que no permiten a la mujer comer hasta que los hombres no hayan terminado o únicamente les permite ingerir alimentos menos nutritivos, y las que impiden la plena participación de la mujer en la vida cultural y en las actividades científicas e investigadoras¹⁵³.

Podemos afirmar entonces que, tras la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no dieron respuestas a las necesidades específicas de las mujeres, los primeros tratados sectoriales que incluyeron explícitamente derechos de las mujeres y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ampliaron de manera importante por vía convencional la protección internacional de los derechos de las mujeres. Este avance se produjo en gran medida, a nuestro modo de ver, por dos motivos. El primero de ellos porque los dos Pactos reafirman el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de todos los derechos reconocidos en los textos, así como, el principio de no discriminación por razón de sexo. El segundo porque los Pactos introducen mecanismos de control de su aplicación que garantizan la protección internacional de los derechos que proclaman. La introducción del sistema de denuncias individuales en ambos Pactos es un elemento clave que dota de eficacia dicha protección.

Sin embargo, el texto de los Pactos no hace referencia explícita a la discriminación real o de hecho que sufren las mujeres ni a la violencia contra la mujer en ninguna de sus manifestaciones más universales o persistentes. A pesar de este silencio, los Comités de ambos tratados -el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- sí se han ocupado de aspectos diversos relacionados con la violencia contra la mujer. Los Comités, en su labor de interpretación de los Pactos, han ido extendiendo a través de sus Observaciones Generales el contenido y el alcance de estos tratados a aspectos no previstos inicialmente en los

¹⁵³ Observación General número 16, cit. supra, párrafos 22 a 31.

mismos. Así, podemos decir que los Comités han actualizado los Pactos, adaptándolos a los estándares jurídicos internacionales que con el tiempo la comunidad internacional ha ido estableciendo sobre el tema de la violencia contra la mujer. Un ejemplo de esta labor expansiva del contenido de los Pactos, lo tenemos en la Observación General número 28 del Comité de Derechos Humanos y la Observación General número 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el disfrute de los derechos reconocidos en los tratados. Ambos documentos delimitan el contenido y alcance del principio de igualdad y recogen pronunciamientos expresos sobre diferentes formas de violencia contra la mujer que son consecuencia de la infracción de dicho principio. Sin embargo, debemos tener presente que las Observaciones Generales que elaboran los Comités son instrumentos jurídicos que carecen de fuerza jurídica obligatoria para los Estados, y su carácter meramente recomendatorio limita de manera considerable su aplicación efectiva.



CAPÍTULO II.- LOS CONVENIOS SECTORIALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LAS CONFERENCIAS MUNDIALES SOBRE LA MUJER.

En opinión de Cançado Trindade, la expansión y generalización de los derechos reconocidos en los grandes Pactos “posibilitó que se volviese la atención a los derechos atinentes a distintas categorías de *personas protegidas*, consideradas como necesitadas de protección especial”. Esto llevó, por ejemplo, a la adopción del Convenio sobre los derechos de la mujer y los derechos del niño. En todo caso, la implementación de los instrumentos volcados en la salvaguardia de los derechos de determinadas categorías de personas ha de ser abordada, en palabras del autor, “en el entendimiento de que ellos son *complementarios* a los tratados *generales* de protección de los derechos humanos”¹. En esta línea, Hierro Liborio sostiene que la historia de los derechos humanos en los dos últimos siglos es la historia de la extensión del sujeto: de la emancipación de los esclavos, de los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres y de los derechos de los niños².

La década de los años 70 del siglo pasado fue una época de profundos cambios en Naciones Unidas, que vinieron acompañados de una mayor concienciación en muchas partes del mundo de la discriminación contra la mujer, gracias principalmente al empuje de las organizaciones de mujeres que lograron situar en un lugar destacado de la agenda política la cuestión de los derechos de las mujeres³. En este contexto destaca por un lado, la labor de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer cuyos esfuerzos se centraron, entre otras cosas, en el papel de la mujer en el desarrollo, como beneficiarias y agentes de cambio, alentando a Naciones Unidas a promover el adelanto de la mujer y su participación económica⁴. Y, por otro lado, la aprobación de los que

¹ Vid. CANÇADO TRINDADE *El Derecho internacional...* op. cit. p. 100.

² HIERRO LIBORIO, L.: “Derechos del niño” en *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.y Coord.), Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 129- 141. Señala el autor que el punto de partida común a los procesos de especificación de los derechos humanos se encuentra “en la concepción del hombre subyacente al individualismo liberal racionalista, que está en el origen de la idea misma de los derechos humanos”. Conforme a esta concepción inicial, el hombre abstracto, cuya dignidad moral deriva de la autonomía de la voluntad, se concreta en el cabeza de familia, esto es, en el varón-propietario-adulto, dejando fuera de su modelo a los esclavos, las mujeres, los trabajadores y los niños.

³ Vid. DíEZ PERALTA, op. cit. p. 99. Díez Peralta señala el reflote de los movimientos feministas en Norteamérica y en Europa como favorecedores del repunte de los *lobbies* de mujeres que van a ejercer una influencia notable en la actuación de las Naciones Unidas en ese momento histórico.

⁴ La década de los 60 culminó con la aprobación de varias Resoluciones de la Asamblea General que apuntaban en esta dirección: la Resolución sobre el incremento de la participación de las mujeres en el sistema de Naciones Unidas (A/RES/2715 (XXV) 15 diciembre 1970); la Resolución que recogía el programa de acción para asegurar la mejora de la situación de las mujeres en todos los sectores de actividad (A/RES/ 2716 (XXV) de 15 diciembre de 1970); y la Resolución de la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán que incluía la propuesta del Secretario General de la ONU sobre un plan a largo plazo para asegurar el avance de las mujeres, (A/CONF/.32/41).

denominamos los “instrumentos internacionales de política” -utilizando la nomenclatura de Naciones Unidas-⁵ surgidos en el marco de las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer, cuya influencia fue decisiva para la elaboración de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, fruto del requerimiento del Plan de Acción de la Primera Conferencia Mundial de la Mujer.

1.- LOS CONVENIOS SECTORIALES DE NACIONES UNIDAS.

1.1.- La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, también conocida como Carta de Derechos Humanos de las Mujeres, es el primer instrumento internacional de ámbito universal y carácter vinculante que condena de forma abierta y explícita la discriminación contra la mujer tanto en la esfera pública como privada⁶. La aprobación de la Convención puso en evidencia la insuficiencia del sistema general de derechos humanos -conformado básicamente por la Carta de Naciones Unidas, la DUDH y los grandes Pactos- respecto a la protección efectiva de los derechos de las mujeres.⁷

El corto alcance que tuvo la Declaración de 1967 sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer⁸-primer texto de las Naciones Unidas que explícitamente

⁵ División para el Adelanto de la Mujer. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: “Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer”, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 8.

⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por Resolución de la Asamblea General A/RES/34/180, 18 diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 septiembre de 1981. Número Registro 20378 United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13. Ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 (BOE núm. 69, de 21/03/1984) con la siguiente reserva: «La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española».

⁷ Durán opina que, desde la existencia de Naciones Unidas, aunque numerosos tratados asumían cuestiones de derechos humanos basados -explícita o implícitamente- en el principio de igualdad y no discriminación, todo este entramado jurídico no resultaba suficiente para garantizar la igualdad de las mujeres. *Vid.* DURÁN, op. cit. p. 39.

⁸ Resolución de la Asamblea General A/RES/2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, Declaración sobre eliminación de la discriminación contra la mujer. La Declaración fue aprobada a iniciativa de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. En su articulado incluía, además de los derechos ya reconocidos en los instrumentos internacionales, otras cuestiones nuevas que hasta el momento no habían sido recogidas en ningún texto legislativo como, por ejemplo, la abolición de leyes, costumbres, reglamentos y prácticas discriminatorias, o la discriminación en el ámbito del Derecho Penal. Un año después de la adopción de la Declaración, el ECOSOC puso en marcha un sistema anual de presentación de informes que los Estados debían enviar al Secretario General para que fueran remitidos a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Este sistema estuvo plagado de problemas y fue

reconocía la discriminación contra la mujer como una ofensa a su dignidad⁹, fue uno de los factores que propiciaron la aprobación de la Convención CEDAW, cuyo proceso preparatorio se dilató en el tiempo -siete años desde que se constituyó en 1972 el primer grupo de trabajo- por las dificultades que emergieron para alcanzar acuerdos sobre algunas disposiciones del tratado, tanto en el seno de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, como en el de la Tercera Comisión de la Asamblea General¹⁰. Estas discrepancias no se disiparían con el tiempo y se vieron reflejadas posteriormente en las reservas formuladas al tratado. Como constata Díez Peralta, mientras que la protección de los niños y la lucha contra la discriminación basada en la raza, tuvieron, en el plano internacional, un reconocimiento temprano y unos niveles de protección relativamente altos, la lucha contra la discriminación que tiene su origen en el sexo tropezó con muchos más obstáculos, y sus primeros logros importantes no aparecieron hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX¹¹. Pese a las dificultades en la preparación del texto, el tratado se aprobó sin ningún voto en contra y hoy día es el instrumento convencional de derechos humanos con mayor número de Estados Partes - 189- solo superado por la Convención sobre los Derechos del Niño¹².

No es una cuestión sin importancia el propio título de la Convención, el hecho de que incluya la eliminación *de todas las formas de discriminación contra la mujer*, pues -en palabras de Rodríguez Manzano- “indica su intención de ampliar el marco general de los instrumentos jurídicos de derechos humanos que prohíben la discriminación sobre la base, entre otras cuestiones, del sexo, y de aquéllos destinados a eliminar formas específicas de discriminación contra la mujer.” Para la autora, la Convención impone a los Estados la clara obligación de trabajar por la igualdad de hombres y mujeres no sólo respecto a los derechos y libertades expresamente recogidos

reemplazado por la presentación de información sobre la aplicación de la Declaración de acuerdo con un ciclo cuatrienal. *Vid.* UN.Doc. E/RES/1325 (XLIV) de 31 de mayo de 1968; y E/RES/1677 (LII), de 2 de junio de 1972. Sobre las vicisitudes en el control de la aplicación de la Declaración, véase: RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., pp.59-60; y DURÁN, op. cit. p. 39.

⁹ Declaración sobre la eliminación discriminación, cit. supra, artículo 1. *Vid.* DURÁN, op. cit., p. 25.

¹⁰ Un estudio pormenorizado sobre las discrepancias y diferencias en la elaboración del texto en RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., pp. 95 y ss.

¹¹ DÍEZ PERALTA, op.cit. p. 97.

¹² A fecha 12/04/2019, 189 Estados han ratificado la Convención. Díez Peralta llama la atención sobre lo llamativa que resulta la ausencia de Estados Unidos, que ha firmado, pero aún no ha ratificado la Convención, y equipara a este Estado con países como Irán, Sudán o Somalia, que aún no se han adherido a la misma. DÍEZ PERALTA, op.cit. p.101. Sobre la situación de la Convención, véase: Informe del Secretario General sobre la situación de la Convención CEDAW, A/70/124, 1 de julio de 2015, párrafo 2.

en el texto sino también en relación con otros muchos ausentes de este, como el derecho a la vida, a la libertad de expresión o a la intimidad¹³.

La doctrina en general destaca la importancia de este tratado en el sistema universal de protección de los derechos humanos. Gómez Isa valora la Convención como el intento más serio y sistemático, por parte de las Naciones Unidas, de luchar decididamente por los derechos de las mujeres¹⁴. Reanda, por su parte, afirma que la Convención, que ha sido considerada como un punto de inflexión en la historia del acercamiento de las Naciones Unidas a los derechos de las mujeres, es el primer instrumento internacional que de manera integral se ocupa de la condición de las mujeres y establece estándares que comprometen a los Estados Partes¹⁵. Sin embargo, pese al valor indudable de esta norma, universal y vinculante, la Convención no contempla la violencia contra la mujer como una forma de discriminación contra ella y, por tanto, no ofrece una protección contra su integridad física y moral. Este olvido limita considerablemente la protección que ofrece el tratado, puesto que deja fuera de su regulación una de las formas más graves de discriminación que sufren las mujeres en todo el mundo; si bien este silencio se remediará más adelante gracias a la labor del Comité surgido del tratado que, a través de su Recomendación General número 19, incorporará la violencia contra la mujer como una forma de discriminación de las contempladas y prohibidas por la Convención. De esta manera, el Comité CEDAW extenderá el alcance de la Convención más allá de los derechos expresamente recogidos en el texto. Tomasevski sostiene que una acción internacional concertada para denunciar y luchar contra la violencia sólo fue posible después de que se hubiese aceptado la igualdad de la mujer como el listón que serviría de referencia para evaluar dicha violencia¹⁶.

¹³ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 101.

¹⁴ GÓMEZ ISA, F.: “La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 288.

¹⁵ “This Convention, which has been hailed as a turning point in the history of the United Nations approach to the protection of the human rights of women, is the first international instrument to deal comprehensively with the condition of women and to establish standards that are binding on states parties” en REANDA, op. cit., p.21.

¹⁶ TOMASEVSKI, K.: “Los derechos de las mujeres: de la prohibición a la eliminación de la discriminación” en *Aportes Andinos*, núm. 12, *Género y derechos humanos*, Universidad Andina Simón Bolívar, diciembre 2004, p. 5.

1.1.1.- La discriminación contra la mujer.

El origen y causa principal de las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer en el mundo es la discriminación que ésta sufre por razón de su sexo. A su vez la discriminación contra la mujer genera violencia basada en su sexo. Así lo han indicado los principales órganos de Naciones Unidas, la doctrina y la jurisprudencia internacional, como se verá en los próximos capítulos de esta tesis. Debido al vínculo entre la discriminación y la violencia contra la mujer es importante determinar el alcance que le otorga la Convención CEDAW -única norma vinculante de ámbito universal específica sobre los derechos de las mujeres- al concepto de discriminación contra la mujer. El contenido y extensión de este concepto repercutirá necesariamente en la protección de la integridad de la mujer.

El principio vertebrador de la Convención CEDAW es, pues, la igualdad entre hombres y mujeres y, por ende, la prohibición de cualquier forma de discriminación contra la mujer. Uno de los elementos que con más fuerza apuntalan la desigualdad son los estereotipos de género y así lo apunta la Convención en su Preámbulo cuando alude a la necesidad de modificar el papel tradicional del hombre y la mujer en la sociedad y en la familia para lograr la plena igualdad. La referencia, a nuestro juicio, es importante porque por primera vez un tratado internacional de derechos humanos reconoce la conexión entre las tradiciones, los estereotipos y la discriminación contra la mujer; y porque muchas formas de violencia contra la mujer que atentan a su integridad están justificadas en la tradición, costumbres o valores religiosos¹⁷.

Conforme al artículo 1 de la Convención, la discriminación contra la mujer es: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto, o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas,

¹⁷ Convención CEDAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 14. Alrededor de ambos conceptos, igualdad y no discriminación, se construye todo el edificio regulatorio que va más allá de lo que hasta ese momento habían proclamado los grandes textos de derechos humanos. El Preámbulo de la Convención reconoce que, a pesar de los instrumentos jurídicos existentes, “las mujeres continúan siendo objeto de importantes discriminaciones que violan el principio de igualdad y respeto de la dignidad humana, dificultan la participación en la vida política, social y cultural de su país, y constituyen un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia.” La situación de discriminación se agrava en situaciones de pobreza, en las que la mujer ve limitado su acceso a recursos básicos: alimentación, salud o enseñanza. Por ello, la Convención aboga por el establecimiento de un nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia que promueva la igualdad entre el hombre y la mujer idea ésta que refleja la influencia de los países en vías de desarrollo en la redacción del texto.

económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Los actos discriminatorios contra la mujer, pues, consisten básicamente y *grosso modo* en la limitación por motivos de sexo de los derechos humanos de la mujer, en todos los ámbitos de la vida, público y privado. De esta definición nos gustaría resaltar tres aspectos. El primero referido a la inclusión del ámbito privado como espacio en el que tiene lugar la discriminación contra la mujer. Para la doctrina éste es uno de los rasgos más importantes de la Convención CEDAW pues, además de dirigirse a los Estados, se adentra en la esfera privada que es en la que se producen las violaciones más graves de los derechos de las mujeres¹⁸. Ahondando en este punto, Sullivan señala que la Convención CEDAW contempla la reestructuración de las relaciones de género dentro de la familia, ya que requiere que el Estado adopte medidas positivas para proteger a las mujeres contra la discriminación por actores no estatales¹⁹. Esta particularidad distingue a la Convención CEDAW del tratado homólogo encargado de regular la discriminación racial, pues ésta última se circunscribe exclusivamente al ámbito de lo público²⁰. Ahondando en las diferencias con la discriminación racial, el concepto de discriminación contra la mujer no incluye el término “preferencia” como elemento de su definición, debido, según los autores, a las discrepancias surgidas entre las delegaciones que participaron en la redacción de la Convención CEDAW en torno a la protección de la maternidad. Así, para unos, la protección de la maternidad no suponía un trato preferente; y para otros, en cambio, sí lo suponía, lo que obligó finalmente a excluir de

¹⁸ Vid. GÓMEZ ISA, F. “La Convención sobre la Eliminación... op. cit. p. 289.

¹⁹ SULLIVAN, D.: “The Public/Private Distinction in International Human Rights Law” en *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Peters, J. and Wolpers, A. (Eds), Routledge, New York, 1995, pp. 126-134, p. 129, citado en GÓMEZ ISA *La Convención sobre la Eliminación... op. cit.* p. 289.

²⁰ Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Adhesión de España (BOE número 118, de 17/5/1969). Conforme al artículo 1.1. la discriminación racial consiste en: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Durán llama la atención sobre el hecho de que la definición de discriminación racial no incluya una referencia explícita al sexo como factor de discriminación, lo que le lleva a concluir que las actividades desarrolladas en todo el sistema de Naciones Unidas para garantizar las políticas de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, han sido mucho más intensas y constantes en el ámbito político que en el jurídico. La autora reconoce que podría argumentarse que la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial –al igual que la Convención contra la Tortura de 1984, que tampoco hace referencia a la discriminación por razón de sexo- no tendría por qué hacerlo, al tratarse de instrumentos específicos y estar recogido este principio en los textos fundacionales de Naciones Unidas y en los Pactos de 1966. Sin embargo, esta explicación no sería suficiente si se tiene en cuenta el esfuerzo realizado en todo el sistema de Naciones Unidas para garantizar las políticas de igualdad. Vid. DURÁN, op. cit., p. 37.

la definición el término “preferencia”²¹. El Comité surgido del tratado, el Comité CEDAW, no considera discriminatorias las medidas que los Estados adopten para la protección de la maternidad, tampoco las medidas especiales de carácter temporal que puedan adoptarse al amparo del artículo 4 de la Convención con el objetivo de conseguir la igualdad real o, de hecho²².

El segundo aspecto que apuntábamos es la evolución terminológica que ha sufrido el concepto “discriminación contra la mujer basada en su sexo” por el de “discriminación por motivos de género” impulsada por el Comité CEDAW en su Recomendación General número 28 de 2010. La introducción del concepto “género” y “discriminación por motivos de género” pone el acento, más que en el rasgo biológico de las personas, en los roles o papeles que atribuye la sociedad a un sexo y a otro y que colocan a la mujer en una posición de desventaja frente al hombre. Esta interpretación tiene encaje dentro de la Convención cuyo Preámbulo, como hemos dicho, alude a los estereotipos y a la tradición como causa de la discriminación²³.

Finalmente, el tercer aspecto tiene que ver con otra ampliación del concepto de discriminación contra la mujer que vino también de la mano del Comité surgido del

²¹ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op.cit., pp. 99-100.

²² Convención CEDAW, cit. supra, artículo 4. La igualdad real o de hecho no se consigue con el mero reconocimiento jurídico, además es necesaria la adopción de las medidas especiales de carácter temporal previstas en el artículo 4 de la Convención. Dichas medidas no tienen la consideración de discriminatorias, y deben cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. El Comité CEDAW se ha pronunciado sobre las medidas especiales temporales en la Recomendación General número 25 en la que aclara su naturaleza y significado a fin de asegurar su plena utilización. En opinión del Comité, la aplicación de este tipo de medidas es un medio de hacer realidad la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad. Por tanto, el Comité entiende que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar y aplicar medidas especiales de carácter temporal en relación con los artículos 6 a 16 de la Convención -los que recogen los derechos reconocidos a las mujeres- si se puede demostrar que dichas medidas son necesarias y apropiadas para acelerar el logro del objetivo general de conseguir la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer. Vid. Recomendación General Número 25, 2004, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal; párrafos 1, 2, 4, 14 y 24. Esta Recomendación complementa, la Recomendación General número 5 sobre medidas especiales de carácter temporal, la número 8 sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención, y la número 23 sobre la mujer y la vida pública.

En opinión de Abril Stoffels, lo que hace especiales a estas medidas no es el objetivo que persiguen sino el que puedan suponer una diferencia de trato respecto de los varones que, sin embargo, no supone discriminación. Vid. ABRIL STOFFELS, *España ante los ojos...*, op. cit., p. 24.

²³ Recomendación General número 28, CEDAW/C/GC/28, 16 diciembre de 2010, “Las obligaciones de los Estados Partes según el artículo 2 de la Convención”; párrafo 5. Para el Comité, el término género se refiere a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente para la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a las diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. De esta manera, el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría llegar a constituir discriminación contra la mujer cuando tenga como resultado o efecto privar a la mujer del ejercicio de un derecho por no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género.

tratado. Efectivamente, aunque el texto de la Convención CEDAW limita su ámbito de aplicación a la discriminación contra la mujer -así lo anuncia su título-, el Comité CEDAW afirmó en una de sus Recomendaciones Generales que las niñas – que *a priori* estarían excluidas del tratado- están comprendidas en la comunidad más amplia de las mujeres, considerándolas objeto de protección de la Convención. Los Estados, en consecuencia, están obligados a promover la igualdad de los derechos de las niñas del mismo modo que la de las mujeres²⁴.

1.1.2.- Las obligaciones de los Estados y los derechos reconocidos a través de la labor de su Comité.

Los Estados que ratifican la Convención asumen unas obligaciones de carácter general y otras específicas relacionadas con la política, la educación, el empleo, la salud, la economía y la esfera civil y matrimonial. Las obligaciones generales se concretan básicamente en la condena de la discriminación contra la mujer y en la adopción “por todos los medios apropiados y sin dilaciones” de una política encaminada a eliminarla²⁵, adquiriendo para ello los compromisos establecidos en el artículo 2 del texto, encaminados a conseguir el respeto, protección, promoción y realización del derecho de igualdad²⁶.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 21.

²⁵ El entrecomillado es nuestro. Esta política, en opinión del Comité CEDAW, debe ser amplia, poner particular énfasis en los grupos de mujeres que pueden ser víctimas de varias formas de discriminación a la vez, asegurar que las mujeres tienen acceso a la información sobre sus derechos, y estar orientada a la acción y los resultados. Pese a la flexibilidad que se le otorga al Estado a la hora de fijar su política, ésta no le exime de justificar la pertinencia de las medidas elegidas y demostrar que puede lograr el efecto y el resultado deseado, correspondiendo al Comité determinar si el Estado realmente ha adoptado las medidas necesarias para cumplir con su obligación. *Ibidem*, párrafos 23 a 29.

²⁶ Convención CEDAW, cit. supra, artículo 2: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”

Esta disposición –el artículo 2-, considerada una de las claves de la Convención, ha sido analizada en profundidad por el Comité CEDAW que la ha enriquecido de tal manera que ha ampliado su alcance a cuestiones no previstas inicialmente en el tratado²⁷. Así, para el Comité, los Estados deben reaccionar activamente ante la discriminación, provenga ésta de agentes estatales o de actores privados. Los compromisos que adquieren los Estados a este respecto entrañan no sólo obligaciones de medios, sino también de resultados; de forma que, estos no pueden discriminar a la mujer ni por acción ni por omisión, lo que implica que deben actuar con la debida diligencia para impedir la discriminación que provenga de los particulares. Esta actuación diligente debe extenderse a los actos más graves de discriminación, que son los actos de violencia contra la mujer por razón de su sexo y género²⁸. Lo más relevante, para nosotros, es la consideración por parte del Comité -ya expresada con anterioridad de forma monográfica en la Recomendación General número 19 sobre violencia contra la mujer- de que los supuestos de violencia contra la mujer pueden constituir una violación de las obligaciones de la Convención, en particular de las establecidas en su artículo 2, aún cuando el texto no mencione expresamente este tema, ampliando así el alcance del tratado y, por consiguiente, extendiendo la protección que ofrece este a

²⁷ Recomendación General número 28, cit. supra, párrafos 7, 15 y 31 a 36. El Comité considera que el artículo 2 de la Convención debe interpretarse junto con otros artículos similares del texto y a la luz de la definición de discriminación del artículo 1, teniendo en cuenta, además, las Recomendaciones Generales, Observaciones finales, opiniones y otras declaraciones formuladas por el Comité, incluidos los informes de los procedimientos de investigación y las decisiones de los casos individuales. A juicio del Comité, la obligación de condena de la discriminación en todas sus formas es una obligación inmediata e ininterrumpida, que obliga al Estado Parte a estar alerta y condenar todas las formas de discriminación contra la mujer, incluso aquellas que no se mencionan de forma explícita en la Convención o que puedan aparecer con posterioridad. La protección jurídica y la abolición o enmienda de las leyes y normas discriminatorias -párrafos a), f) y g) del artículo 2- deben formar parte de la política de los Estados y, con este fin, el principio de la igualdad entre la mujer y el hombre y la no discriminación deben estar consagrados en el derecho nacional con carácter supremo y obligatorio. La provisión de recursos adecuados para las mujeres que sean objeto de discriminación -párrafo b) del artículo 2-, incluye el derecho a resarcimiento. La protección judicial efectiva de la mujer ante los tribunales nacionales -párrafo c) del artículo 2- exige la existencia de recursos asequibles, accesibles y oportunos ante un juez o tribunal competente e independiente, así como la asistencia y ayuda jurídicas. Finalmente, los Estados deben abstenerse de cualquier acto o práctica de discriminación contra la mujer, ya sea directa o indirecta -párrafo d) del artículo 2-, y están obligados a eliminar la discriminación cometida por cualquier actor, público o privado -párrafo e) del artículo 2-.

Otros aspectos interesantes que menciona el Comité CEDAW en relación con las obligaciones generales derivadas del tratado son: las formas entrecruzadas de discriminación -los Estados están obligados a reconocerlas y a adoptar medidas especiales frente a ellas-; el concepto de equidad de géneros -que no puede sustituir al concepto de igualdad-; las nuevas formas de discriminación -que se entienden incluidas en la Convención aunque no se mencionen expresamente-; los patrones socioculturales de conducta -que los Estados están obligados a eliminar si se basan en la idea de superioridad o inferioridad de uno de los sexos-; y la igualdad real o de hecho -convertida en el objetivo clave de la Convención-. *Ibidem*, párrafos 8, 18, 20 y 22.

²⁸ *Ibidem*, párrafos 9 y ss.

supuestos en los que se viola la integridad física y moral de la mujer. Si bien, no podemos pasar por alto que los pronunciamientos del Comité y sus Recomendaciones no son vinculantes para los Estados.

La Convención insiste en la necesidad de modificar los patrones socioculturales de conducta que enraízan la discriminación y, para ello, establece la obligación de los Estados de tomar las “medidas apropiadas” con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias, y de cualquier otra índole, que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres²⁹. Esta disposición del texto –el artículo 5- es una de las que genera más problemas a la hora de su aplicación por su imprecisión. Como advierte Rodríguez Manzano, si un Estado no define los patrones socioculturales discriminatorios no actuará para modificarlos, pero aún más, aunque los definiese, estará en sus manos decidir las medidas más apropiadas que deba tomar³⁰.

Finalmente, entre las obligaciones generales que establece la Convención CEDAW, es importante destacar la medida establecida en el artículo 6 por la repercusión que tiene sobre la protección de la integridad de la mujer. Conforme a esta disposición, los Estados están obligados a adoptar todas las “medidas apropiadas” para suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer³¹. Salvo esta referencia expresa a dos tipos de agresiones graves que sufren las mujeres de manera desproporcionada, la violencia contra la mujer es un tema ausente en el resto del articulado del tratado. Esta ausencia ha sido muy criticada por la doctrina. Sanz Caballero, por ejemplo, ha calificado esta omisión como un hecho paradójico si tenemos en cuenta que esto ocurre justamente en el instrumento internacional ideado para acabar con todas las formas de discriminación contra la mujer³². Podemos afirmar, por consiguiente, que la trata y la explotación de la prostitución recogidas en el artículo 6 de la Convención CEDAW, son las únicas referencias explícitas que hace un texto convencional universal de derechos humanos a la violencia contra la mujer.

Las obligaciones específicas que asumen los Estados vienen recogidas en los artículos 7 a 16 del tratado y están relacionadas con cada uno de los derechos que el texto

²⁹ Convención CEDAW, cit. supra, artículo 5.

³⁰ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 103.

³¹ El entrecomillado es nuestro. Vid. Convención CEDAW, cit. supra, artículo 6.

³² SANZ CABALLERO, S.: “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El Derecho Internacional llamando a las cosas por su nombre”, en *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, RUTH ABRIL STOFFELS y AINHOA URIBE OTALORA (Coord.), ed. Tirant, monografías 677, CEU Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2010, pp. 167-183.

reconoce a las mujeres, esto es: el derecho al voto y a la participación política³³; el derecho a la representación gubernamental en el ámbito internacional; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la igualdad en la educación; el derecho a la igualdad en el empleo; el derecho a la igualdad en la atención a la salud y servicios sanitarios; el derecho a la igualdad en la vida económica y social; el derecho a la igualdad y participación en el desarrollo de las mujeres en zonas rurales; el derecho a la igualdad en materia civil y capacidad jurídica³⁴; y el derecho a la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares³⁵. Ha de hacerse notar que la Convención no menciona explícitamente derechos básicos como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometida a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o el derecho a la libertad y seguridad, que son los derechos que se ven afectados de manera más palmaria y directa en todas las manifestaciones de violencia contra la mujer. Esta omisión, no obstante, será corregida por el Comité CEDAW en su Recomendación General número 19 cuando incluya estos derechos entre los que resultan anulados o menoscabados por los actos de violencia contra la mujer. La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer también se ha pronunciado al respecto y recuerda que suele pasarse por alto el obstáculo que supone la violencia contra la mujer para el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la Convención CEDAW. Afirma la Relatora que este tipo de violencia dificulta y anula el ejercicio de todos los derechos humanos por parte de las mujeres, impide que éstas participen en sus comunidades en cuanto ciudadanas plenas en igualdad de condiciones, refuerza el dominio y el control por parte de los hombres,

³³ Los artículos 7 y 8 obligan a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, lo que incluye, además del derecho de voto, el derecho de ocupación de cargos públicos y de participación en organizaciones no gubernamentales, la posibilidad de que las mujeres representen a su gobierno y participen, además, en organizaciones internacionales. La preservación de un espacio para las mujeres en la esfera internacional amplía el alcance de los derechos políticos y civiles garantizados en la Convención sobre los derechos políticos de la mujer de 1952, que no contempla esta presencia internacional. Según el Comité CEDAW, la vida política y pública de un país es un concepto amplio, que abarca, además del ejercicio del poder político en general, todos los aspectos de la administración pública y la formulación y ejecución de la política en los niveles internacional, nacional, regional y local; también abarca aspectos de la participación en la sociedad civil, como, por ejemplo, en los consejos locales, partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales o industriales, organizaciones femeninas, organizaciones comunitarias y otras organizaciones que se ocupan de la vida pública y política. *Vid.* Recomendación General número 23, U.N. Doc. A/52/38, 1997, “Vida política y pública”; párrafos 5, 12, 15, y 41 y ss.

³⁴ El artículo 15, por su parte, recoge, de forma taxativa y exigibilidad inmediata, la obligación de los Estados de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley, la misma capacidad jurídica y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En este caso no cabe la adopción de medidas apropiadas para el cumplimiento de una obligación que es exigible de manera inmediata. En particular, los Estados deben reconocer a las mujeres iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y un trato igual ante los tribunales.

³⁵ Convención CEDAW, cit. supra, artículos 7 a 16.

respalda normas discriminatorias en materia de género y mantiene desigualdades sistémicas entre los hombres y las mujeres. Estos factores, a su vez, conservan y perpetúan las condiciones que permiten que continúe la violencia por razón de género³⁶.

Los compromisos que adquieren los Estados en relación con los derechos garantizados se circunscriben a la adopción de todas las medidas “adecuadas” o “apropiadas”³⁷ para garantizar la no discriminación hacia la mujer. Entre estos compromisos mencionaremos los recogidos en el artículo 16 del tratado porque se refiere a un ámbito -el del matrimonio y las relaciones familiares- en el que prevalecen numerosas formas de violencia contra la mujer; porque la disposición ha suscitado bastante controversia en algunos países dando lugar a la formulación de reservas; y porque, aunque tibio, la existencia de esta disposición representa un avance en relación con los derechos de las mujeres y la protección de su integridad. Así, conforme al artículo 16, los Estados deben adoptar todas las medidas “adecuadas” para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, esto es, garantizar el mismo derecho a contraer matrimonio, a elegir cónyuge, a decidir el número de hijos y a elegir profesión³⁸. El Comité CEDAW, ha fijado el alcance de lo que debe entenderse por medidas “adecuadas” o “apropiadas”, según los términos utilizados por el tratado. Para el Comité, las medidas serán adecuadas si atienden todos los aspectos de las obligaciones generales que los Estados adquieren en virtud de la Convención, esto es, respetar, proteger, promover y hacer efectivo el derecho de la mujer a la no discriminación y a la igualdad con el hombre³⁹.

³⁶ De manera descriptiva la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias señala los derechos humanos que se ven afectados por este tipo de violencia. Así, la violencia contra la mujer quebranta el derecho de la mujer a la igualdad y a no ser discriminada por razones de sexo o género; el derecho a la libertad y la seguridad de su persona; el derecho a no ser sometida a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la vida; el derecho a no estar sometida a esclavitud ni servidumbre; el derecho a la libertad de circulación; el derecho a la libertad de asociación y expresión; el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el derecho a contraer matrimonio voluntariamente y en igualdad de condiciones; el derecho a la vida privada sin injerencias arbitrarias o ilegales; el derecho a la propiedad y a la herencia; el derecho a intervenir en la vida cultural; el derecho a la educación; el derecho de las mujeres al más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a trabajar y a condiciones laborales justas y favorables; y el derecho a participar de modo significativo en el desarrollo de sus comunidades. *Vid.* A/69/368, 1 de septiembre de 2014, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, párrafos 10 y ss.

³⁷ El entrecomillado es nuestro.

³⁸ El entrecomillado es nuestro. Convención CEDAW, cit. supra, artículo 16.

³⁹ Recomendación General número 28, cit. supra, párrafo 37. En particular, el Comité CEDAW señala que los Estados deben establecer un régimen igualitario *de iure* y *de facto* que consiga que los beneficios y costes económicos de las relaciones familiares y las consecuencias económicas de la disolución del matrimonio recaigan por igual en hombres y mujeres. Además, los Estados deben abordar los aspectos discriminatorios en todas las formas de familia y de relaciones familiares, ya que no existe un concepto

No obstante, pese al empeño del Comité por esclarecer estos términos, lo cierto es que la determinación y concreción del tipo de medidas y de su adecuación para conseguir la eliminación de la discriminación de la mujer en las relaciones familiares queda en manos de cada Estado, lo que introduce un alto grado de incertidumbre que dificulta el control del cumplimiento de esta obligación. Aún se incrementa más esta incertidumbre si tenemos en cuenta que se está incidiendo en un ámbito – el privado-, en el que -como recuerda el Comité CEDAW- la actividad humana se ha regulado históricamente de manera diferente, pues se ha considerado que las actividades que las mujeres desempeñan en él son inferiores y de menor importancia. De hecho, el Comité afirma que los informes de los Estados revelan que el ordenamiento jurídico de muchos países regula los derechos y obligaciones de los cónyuges sobre estos valores y sobre principios derivados del derecho religioso o del derecho consuetudinario, en lugar de los principios de la Convención, lo que da lugar a prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer como el embarazo, aborto o esterilización forzados⁴⁰.

Estamos de acuerdo con Burrows cuando afirma que la inclusión en el artículo 16 de las relaciones familiares junto con el matrimonio revela cierto avance en el reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres respecto a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios⁴¹. Sin embargo, esta disposición, como destaca Rodríguez Manzano, fue una de las más controvertidas durante el proceso de negociación del texto de la Convención y sobre la que más reservas se formularon a la hora de su ratificación por parte de algunos países -Turquía, India, Egipto o Iraq, entre otros- que querían mantener la prerrogativa de negar a las mujeres el derecho a divorciarse, a elegir profesión, o a adquirir, disponer o gestionar una propiedad⁴². Aún en la actualidad persisten rasgos discriminatorios en muchos regímenes jurídicos, como han tenido ocasión de constatar los mecanismos especiales de derechos humanos⁴³. Numerosos

único de familia. Vid. Recomendación General número 29, CEDAW/C/GC/29, 30 de octubre de 2013, “Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución”; párrafos 2 a 18.

⁴⁰ Recomendación General número 21, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev, 1994, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”; párrafos 11, 15, 17, 22, 36, 40.

⁴¹ BURROWS, N.: “The 1979 Convention on the elimination of all forms of Discrimination against Women” en *Netherland International Law Review*, vol. 32, nº 3, 1985, p.450.

⁴² Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 105.

⁴³ La Relatora sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, informa que la situación económica de las mujeres sigue siendo desigual a causa de distintos reglamentos estatutarios y constitucionales de carácter discriminatorio. La Relatora cita entre los países en los que se produce tales situaciones: las Bahamas, Chile, la mayoría de los países del África subsahariana y Nepal. En Uganda, por ejemplo, las mujeres constituyen más del 80% de la fuerza de trabajo agrícola pero sólo el 7% de ellas

países exigen el consentimiento del marido para la administración de los bienes, la descendencia por línea masculina para la sucesión, o la custodia de los bienes en manos de los varones exclusivamente. Un ejemplo de legislación contraria a los principios de la Convención lo representa el régimen jurídico chileno⁴⁴. El fallo del Tribunal de Apelación de Nigeria en el caso *Mojekwu y otros vs. Ejikeme y otros* -calificado por ONU Mujeres como una práctica prometedora- constituye un avance alentador en esta materia. El tribunal determinó que la costumbre conocida como *Nnewi* aplicable cuando muere un hombre que no tiene hijos, pero sí hijas -a las que se les niega el derecho a heredar-, era discriminatoria para las mujeres y contrarias a los principios de justicia natural, equidad y sentido común⁴⁵.

En nuestra opinión, el artículo 16 es clave para proteger a las mujeres frente a ciertas prácticas nocivas que persisten en la actualidad en el ámbito familiar y privado como, por ejemplo, los matrimonios forzosos, los embarazos o las esterilizaciones forzosas. Sin embargo, el hecho de que la Convención CEDAW haya fijado las obligaciones de los Estados mediante la adopción por parte de estos de medidas “adecuadas” o “apropiadas” en materias tan relevantes para la protección de la integridad de la mujer como las relaciones familiares, los estereotipos de género, la trata o la explotación sexual de mujer, introduce un nivel de flexibilidad y de incertidumbre

poseen tierra debido a lo estipulado en su derecho consuetudinario, el derecho islámico y su legislación interna. *Vid.* E/CN.4/2002/83, de 31 de enero de 2002, cit. supra, párrafo 68. Sobre Uganda, véase el informe de Transparencia Internacional: “Gender-Responsive Work on Land and Corruption”, 14 de febrero de 2017, <https://www.transparency.org> (última consulta 02/01/2018), y los datos de la FAO sobre “Género y Derecho a la Tierra” en <http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profile> (última consulta 02/01/2018).

⁴⁴ Sobre el régimen jurídico chileno es oportuno citar el Acuerdo de Solución Amistosa de 3 de mayo de 2008, Caso N° 12.433 *Sonia Arce Esparza v. Chile*, alcanzado tras la denuncia formal interpuesta contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la violación de los derechos y garantías establecidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Americana de Derechos Humanos. El objeto de la demanda fue poner fin a la discriminación legal implícita en el régimen de sociedad conyugal en Chile. Mediante este Acuerdo el Estado de Chile se comprometió a la tramitación legislativa de un proyecto de ley de modificación del Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Sobre los derechos de propiedad y herencia de las esposas en Latinoamérica, véase: DEERE, C.D. y LEÓN, M.: “Derechos de propiedad, herencia de las esposas e igualdad de género: aspectos comparativos entre Brasil e Hispanoamérica”, en *Revista de Estudios Feminista*, vol. 9 número 2, Florianópolis 2001, pp. 433-459.

⁴⁵ Caso *Mojekwu y otros vs. Ejikeme y otros*, 5 NWLR 402, Tribunal de Apelación de Nigeria, 9 de diciembre de 1999. La práctica conocida como *Nnewi*, se aplica cuando muere un hombre que no tiene hijos, pero sí hijas. Una de las hijas debe permanecer soltera y tener hijos, que se convierten de hecho en los herederos del difunto para continuar el linaje masculino. El tribunal decidió que las apelantes tenían derecho a heredar el patrimonio del difunto basando su fallo en los principios fundamentales garantizados a las mujeres en la Constitución de Nigeria y en los convenios internacionales. Véase: ONU-Mujeres, Centro Virtual de Conocimiento para poner fin a la violencia contra las mujeres y niñas, <http://www.endvawnow.org/es/articles/767-legislacion-sobre-la-herencia.html> (última visita 12/04/2019).

que dificulta el control del cumplimiento del tratado. Con esta fórmula se deja en manos de los Estados la decisión sobre las medidas que consideren apropiadas para cumplir sus compromisos internacionales, lo que dificulta, a nuestro modo de ver, la erradicación de los rasgos discriminatorios que aún persisten en muchos regímenes jurídicos, basados en principios del derecho religioso o del derecho consuetudinario que amparan auténticas manifestaciones de violencia contra la mujer. Y esto es así aunque el Comité CEDAW haya aclarado a través de su Recomendación General número 28 el alcance de las obligaciones de los Estados, pues, no podemos olvidar que el carácter de estas recomendaciones no es jurídicamente vinculante para los Estados.

1.1.3.- El problema de las reservas a la CEDAW.

La Convención no prohíbe las reservas a su texto, de ahí que uno de los puntos débiles del tratado sea la gran cantidad de reservas que los Estados han formulado a muchas de sus disposiciones consideradas esenciales. Y ello, aún siendo uno de los tratados más universales -por el importante número de Estados que lo han ratificado- y a pesar de que su artículo 28.2 dispone que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la Convención”. A nuestro modo de ver, la Convención introduce un régimen regulatorio de las reservas que adolece de excesiva flexibilidad e incertidumbre, lo que ha propiciado que numerosos países formulen reservas.

El problema de las reservas a la Convención CEDAW trae consigo una falta de protección de los derechos de las mujeres, en general, y de su integridad física y moral, en particular. Si, como ha señalado el Comité CEDAW, los supuestos de violencia contra la mujer constituyen una violación de las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, extendiendo de esta manera la protección que ofrece el tratado a las mujeres que sufren actos violentos en razón de su sexo, las reservas que se formulen a este artículo implican la absoluta desprotección de la mujer frente a dichos actos.

Las reservas, además de la desprotección apuntada, y siguiendo a Velázquez Borges, menoscaban la eficacia del tratado; impiden al órgano de control de la Convención evaluar los progresos realizados por los Estados Partes en la aplicación de la misma; limitan la aplicación, a nivel nacional, de normas de derechos humanos internacionalmente aceptadas; garantizan la perpetuidad de la desigualdad entre el hombre y la mujer en el plano nacional; introducen factores de diferenciación en el

alcance de las obligaciones de los Estados Partes; y, en general, debilitan la autoridad de los tratados⁴⁶. Muchos Estados de Oriente Próximo y Norte de África han formulado reservas y declaraciones sobre disposiciones de la Convención que consideran contrarias a su Código de Familia y a la ley islámica. Estas reservas afectan, en su mayoría, a disposiciones claves del texto, como el artículo 2 (compromisos de los Estados para eliminar la discriminación), artículo 9 (igualdad en materia de nacionalidad), artículo 15 (igualdad ante la ley y en materia civil) y artículo 16 (igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares)⁴⁷. El hecho de que la mayor parte de las reservas se hayan planteado sobre las disposiciones que regulan el ámbito matrimonial y familiar, nos lleva a pensar que los Estados que las formulan son reticentes a la hora de aceptar interferencias en la esfera privada si con estas se quiebra el *status quo* que afecta a las relaciones de poder imperantes entre los hombres y las mujeres, en las que estas mantienen un papel subordinado en relación con los hombres.

¿Cómo combatir la desprotección a la que dan lugar las reservas a los tratados, especialmente las formuladas a los tratados de derechos humanos, como es el caso de la Convención que nos ocupa? Para ofrecer alguna respuesta a esta cuestión nos referiremos a continuación a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, las opiniones doctrinales, la práctica de nuestro país y los pronunciamientos del Comité CEDAW sobre la materia.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha incluido la cuestión de las reservas a los tratados multilaterales de derechos humanos en sus programas de trabajo y se ha pronunciado sobre ella en varios informes⁴⁸. En el seno de la Comisión y liderando estos trabajos, destaca la labor realizada por Alain Pellet, Relator Especial sobre las reservas a los tratados⁴⁹. En el informe de 1997⁵⁰, la Comisión sostuvo que las

⁴⁶ VELÁZQUEZ BORGES, S.M.: “Las Reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 41, Nº. 115, Medellín-Colombia, Julio-diciembre de 2011, pp. 427-449, p. 447.

⁴⁷ Todas las reservas y declaraciones formuladas por los Estados Partes pueden consultarse en: <https://treaties.un.org>. (última consulta 12/04/2019).

⁴⁸ La Comisión de Derecho Internacional (CDI) fue creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de Naciones Unidas con el objeto de favorecer el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional, véase Resolución A/RES/174 (II), párrafo a). La CDI decidió incluir el tema de las reservas en su programa de trabajo inicialmente titulado “El derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados”. La Asamblea General mediante la Resolución A/RES/48/31, 24 de enero de 1994 hizo suya la decisión de la Comisión.

⁴⁹ Vid. A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo sexto período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994) A/49/10. Informe de la Comisión, párrafo 381.

⁵⁰ Vid. A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 (Part 2), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1997. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo noveno

normas generales enunciadas en las Convenciones de Viena⁵¹ rigen las reservas a los tratados de derechos humanos y atribuyó la competencia para hacer recomendaciones sobre la admisibilidad de las reservas, en el caso de que el tratado guardase silencio sobre este punto, a los órganos de vigilancia creados por los tratados. El valor jurídico de estas recomendaciones, sin embargo, no puede exceder, a juicio de la Comisión, del que resulte de las facultades que se les hayan otorgado a estos órganos para cumplir su función general de vigilancia. La sugerencia de *lege ferenda* que adelanta la Comisión en el supuesto de que se quiera otorgar competencia al órgano de vigilancia del tratado para determinar la admisibilidad de una reserva, es que se incluyan cláusulas específicas en los tratados de derechos humanos, o que se elaboren protocolos a los tratados vigentes⁵².

En 2011 la CDI aprobó una “Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados” para solucionar algunos de los numerosos problemas que seguía planteando esta materia⁵³. Conforme a este documento, el criterio para determinar la admisibilidad

período de sesiones (12 de mayo-18 de julio de 1997) A/52/10. Informe de la Comisión. Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas por la Comisión, párrafo 157.

⁵¹ La Comisión sostuvo que las normas generales enunciadas en las Convenciones de Viena rigen las reservas a los tratados de derechos humanos ya que por su flexibilidad ese régimen se adecúa a las necesidades de todos los tratados, cualquiera que sea su objeto y naturaleza. La preservación del acervo jurídico consagrado en Viena fue un punto consensuado en el seno de la Comisión, que consideró suficientemente demostrado que sus reglas habían adquirido valor consuetudinario, a tenor de su flexibilidad y adaptabilidad. A juicio de Riquelme, esta decisión no puede ser más acertada pues, lo contrario hubiese dado lugar a un doble régimen jurídico de reservas y hubiese ocasionado grandes dificultades técnicas y graves contradicciones. *Vid.* RIQUELME CORTADO, op. cit., p.23. Véase también: Doc.A/CN.4/470, 1995, First report on the law and practice relating to reservations to treaties by Mr. ALAIN PELLET, Special Rapporteur, párrafo 163.

El régimen jurídico de los tratados está regulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), U.N. Doc A/CONF.39/27, 23 mayo 1969, instrumento de adhesión de España de 2 de mayo de 1972, (BOE número 142, 13/6/1980); y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986. Conforme al artículo 2 d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

⁵² Informe de la CDI, Documento A/52/10, cit. supra, párrafo 157, puntos 2 a 10.

⁵³ *Vid.* “Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados” en A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 2), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su sexagésimo tercer período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011) A/66/10, párrafos 75 y 76. La Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados fue aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 68/111, 19 diciembre de 2013, denominada “Reservas a los tratados”. La Guía no constituye un cuerpo de normas vinculantes, sino -en palabras del Relator Especial- un “código de prácticas recomendadas”, que se formula a modo de directivas para alumbra la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas, y es aplicable a todos los tratados multilaterales de carácter normativo, incluidos los tratados de derechos humanos. La Guía sirve para precisar las normas existentes, colmar sus lagunas y eliminar sus ambigüedades, mediante soluciones que no modifican el régimen establecido por los Convenios de Viena.

de una reserva a un tratado de derechos humanos es su compatibilidad con el objeto y finalidad de este; siendo considerada incompatible cuando afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, que comprometa la razón de ser del mismo. El objeto y fin del tratado deben determinarse de buena fe, teniendo en cuenta los términos del texto y su contexto, en particular el título y el preámbulo del tratado⁵⁴. La Guía determina la falta de efecto jurídico de las reservas en relación con los derechos y obligaciones derivadas de una norma internacional de derecho consuetudinario y de una norma de *ius cogens*; puesto que una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de Derecho Internacional general. Las reservas que no cumplan los requisitos de validez formal y sustantiva son nulas de pleno derecho y, por ende, carecen de todo efecto jurídico⁵⁵.

La doctrina también se ha pronunciado sobre el problema de las reservas formuladas a los tratados de derechos humanos, girando la discusión en torno a la naturaleza especial de este tipo de tratados. Así, algunos autores sostienen que su especialidad deriva del tipo de obligaciones que establecen. Entre ellos, Quel López señala que dos características de estos tratados -la ausencia de reciprocidad de sus obligaciones y la existencia de un núcleo irreductible de valores que deben ser salvaguardados- plantean la cuestión de la preservación del objeto y fin de estos frente a reservas que pudieran afectar a su contenido básico inderogable⁵⁶. El profesor Carrillo Salcedo, por su parte, defiende la existencia de principios de Derecho Internacional que tienen carácter de *ius cogens* por responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su pervivencia como tal y, entre estos principios inderogables incluye los derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger⁵⁷. Solari Yrigoyen, antiguo miembro y vicepresidente del Comité de Derechos Humanos, afirma que los tratados de derechos

Vid. A/CN.4/SER.A/2002/Add.1 (Part 2), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2002. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo cuarto período de sesiones, Doc. A/57/10, párrafo 83.

⁵⁴ Vid. Guía de la práctica sobre las reservas, cit. supra, párrafo 3.1.5.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafos 4.4.2, 4.4.3 y 4.5.1.

⁵⁶ QUEL LÓPEZ, F.J.: "La protección internacional de los derechos humanos: aspectos generales" en "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp.89 y ss. Para la llamada *escuela de la admisibilidad*, toda reserva contraria al objeto y fin de un tratado ha de estimarse nula de por sí, sin tener en cuenta la consideración de los demás Estados Partes, y eso significa que el juicio sobre la validez de la reserva no lo puede realizar el Estado Parte de manera subjetiva o discrecional, sino que debe hacerse de manera objetiva por los órganos de fiscalización del tratado, si existieran. RODRÍGUEZ CARRIÓN *Lecciones de Derecho Internacional Público...* op.cit., pp. 171-172.

⁵⁷ Vid. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado* ..., op. cit., p. 279.

humanos son de naturaleza distinta al resto de los acuerdos internacionales y, por ello, las reservas deben ser más limitadas y los criterios para controlar si éstas son incompatibles con el objeto y fin del tratado deben ser más restrictivos⁵⁸.

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre las reservas a los tratados de derechos humanos en el informe aprobado en 2004 en el que defiende la especificidad de estos tratados que “representan compromisos unilaterales contraídos por los Estados”, y las consecuencias que de ello se derivan, en cuanto que todos los Estados tienen interés en que un Estado concreto respete la normativa de los derechos humanos. Sobre la competencia para determinar si una reserva es compatible o no con el objeto y el fin del tratado, el informe determina que los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos son competentes para determinar si la reserva es compatible o incompatible con el objeto y el fin del tratado⁵⁹.

De manera específica sobre las reservas formuladas a la Convención CEDAW, el Comité surgido del tratado se ha pronunciado en varias Recomendaciones Generales⁶⁰, expresando desde muy temprano su preocupación por el considerable número de reservas “en apariencia incompatibles con el objeto y la finalidad de la Convención” sugiriendo a los Estados Partes que volviesen a examinarlas con miras a su retirada⁶¹. El Comité ha recomendado a los Estados que: “a) planteasen la cuestión de la validez y los efectos jurídicos de las reservas formuladas en relación con otros tratados de derechos humanos; b) volviesen a examinar esas reservas con vistas a reforzar la aplicación de todos los tratados de derechos humanos; y, c) considerasen la posibilidad de introducir un procedimiento para la formulación de reservas comparable al de otros tratados de derechos humanos”⁶². En particular, ha provocado una gran alarma en el Comité el elevado número de Estados Partes que han formulado reservas al

⁵⁸ SOLARI YRIGOEYEN, H.: “Las reservas a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos” *Revista Agenda Internacional*, Año 2, Nº 8, Marzo/Abril/Mayo/Junio, Argentina, 2006, pp. 72-85.

⁵⁹ La Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos es el órgano subsidiario de la extinta Comisión de Derechos Humanos. Originalmente denominada Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la Subcomisión se creó en 1947. E/CN.4/Sub.2/2004/42, 19 de julio de 2004, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 56º período de sesiones, “Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos”; párrafos 47 y 71.

⁶⁰ *Vid.* Comité CEDAW: Recomendación General número 4 de 1987 sobre las reservas a la Convención CEDAW (U.N. Doc. A/42/38 at 78); Recomendación General número 20 de 1992 sobre el mismo asunto (U.N. Doc. A/47/38 at 2); Recomendación General número 21, cit. supra; Recomendación General número 28, cit. supra; y Recomendación General número 35 de 2017 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General número 19, (CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017), párrafo 13.

⁶¹ *Vid.* Recomendación General número 4, cit. supra, párrafos únicos.

⁶² *Vid.* Recomendación General número 20, cit. supra, párrafo 2.

artículo 16, en su totalidad o en parte, en especial cuando han formulado también una reserva al artículo 2, y lo han justificado por ser contrarios a una visión de la familia fundamentada en creencias culturales o religiosas o en instituciones económicas o políticas del país. Muchos de los países que han formulado reservas -señala el Comité- mantienen una creencia en la estructura patriarcal de la familia que sitúa al padre, al esposo o al hijo varón en situación favorable. La posición de la mujer empeora aún más en aquellos países que han estimulado un retorno a los valores y tradiciones antiguas, bien sea por los fundamentalismos o por la penuria económica. Para hacer frente a estas situaciones el Comité recomienda a los Estados de una manera muy tibia que avancen paulatinamente hacia una etapa en la que “mediante su decidido desaliento a las nociones de la desigualdad de la mujer en el hogar, cada país retire sus reservas, en particular a los artículos 9, 15 y 16 de la Convención”⁶³.

Con más firmeza, en la Recomendación número 28 el Comité considera que las reservas al artículo 2 de la Convención, que encarna la verdadera esencia de las obligaciones de los Estados, son, en principio, incompatibles con el objeto y el propósito de la Convención y, por consiguiente, inadmisibles. A los Estados que han formulado reservas a este artículo el Comité les pide que expliquen el efecto práctico de esas reservas en la aplicación de la Convención e indiquen las medidas adoptadas para reconsiderar las reservas con el objetivo de retirarlas lo antes posible⁶⁴. Es importante el pronunciamiento del Comité CEDAW porque las reservas al artículo 2 de la Convención, en particular, afectan a las medidas que los Estados deben adoptar para hacer frente a la violencia contra la mujer, ya que esta disposición se convierte en el fundamento jurídico del que deriva la responsabilidad internacional de los Estados por los actos de violencia cometidos por los particulares. La falta de validez jurídica de estas reservas permitiría salvar la protección que ofrece la Convención frente a los actos de violencia contra la mujer. Velázquez Borges, sin embargo, tacha al Comité CEDAW de demasiado cauto y demasiado neutral a la hora de tratar el tema de las reservas y apuesta por el establecimiento de mecanismos especiales para combinar la universalidad con la integridad del tratado, proponiendo, entre ellos, la enmienda del articulado de las Convenciones de Viena respecto a la aceptación de una reserva general que afecte al

⁶³ Vid. Recomendación General número 21, cit. supra, párrafos 41 a 47.

⁶⁴ Vid. Recomendación General número 28, cit. supra, párrafos 41 y 42.

objeto y fin de un tratado, y la ampliación de facultades al Comité CEDAW al objeto de dotar sus decisiones de fuerza vinculante respecto a los Estados Partes.⁶⁵

A pesar de las Recomendaciones del Comité, como recuerda Díez Peralta, son mínimas las reservas que han sido retiradas o, cuando menos, modificadas. Es por esto que para la autora “está claro, y a la vez resulta un contrasentido, que detrás de la formulación de este tipo de reservas se esconde el propósito de obstaculizar la aplicación, en el plano nacional, de muchos de los compromisos internacionales asumidos en virtud de la Convención, y, particularmente se pone en duda muy seriamente el grado de adhesión de dichos Estados al logro de la igualdad plena *de iure* y *de facto* entre el hombre y la mujer.” También resulta muy atinada, a nuestro juicio, la observación de esta misma autora cuando compara la regulación de las reservas en la CEDAW con la de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Esta Convención, mucho más precavida, dispone en su artículo 20 que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados Partes en la Convención formulan objeciones a la misma.⁶⁶

Finalmente, resulta interesante conocer la práctica española aceptando u objetando las reservas y declaraciones formuladas por otros Estados. Manero Salvador ha analizado las reservas sustantivas objetadas por España, que ha clasificado en reservas de alcance general y reservas contra disposiciones esenciales. En relación con las primeras,⁶⁷ España considera que las reservas generales que se realizan en relación con el Derecho islámico generan dudas acerca del compromiso de los Estados que las formulan sobre el respeto de la Convención y son incompatibles con el objeto y fin del tratado, dado que afectan a la totalidad del documento, limitando seriamente, e incluso excluyendo, su aplicación. En relación con las segundas, las reservas contra disposiciones esenciales,⁶⁸ España considera que las reservas formuladas a los artículos 2, 9, 15 y 16 son incompatibles con el objeto y fin del tratado porque afectan a aspectos fundamentales de la Convención.⁶⁹

⁶⁵ Vid. VELÁZQUEZ BORGES, op.cit., p. 447.

⁶⁶ Vid. DÍEZ PERALTA, op.cit. p.102.

⁶⁷ Reservas formuladas por Arabia Saudí, Brunei Darussalam y Omán.

⁶⁸ Reserva formulada por Emiratos Árabes Unidos.

⁶⁹ MANERO SALVADOR, A.: “Discriminación y violencia contra la mujer: medidas y retos en Naciones Unidas” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Dir.) A. PASTOR PALOMAR (Coord.), Vol. 1, Colección Escuela Diplomática nº 15, Madrid, 2009, pp. 204 y ss. Esta autora afirma que las reservas a la Convención limitan la integridad de las obligaciones de este instrumento y generan una enorme inseguridad jurídica en relación con las obligaciones que han asumido los Estados Partes. Sobre el mismo tema, véase también: GARCÍA RICO, E.M.: “Algunas reflexiones en torno a la práctica española sobre reservas a los tratados de derechos

En definitiva, las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, que amparan la protección de la integridad de la mujer frente a las manifestaciones de violencia basada en su sexo ya provengan de agentes estatales o de particulares, se convierten en un elemento esencial del tratado. Por consiguiente, las reservas formuladas a este artículo carecen de validez jurídica, son nulas de pleno derecho, tal y como ha indicado el Comité CEDAW. Por otro lado, y dado que algunos actos de violencia contra la mujer (algunos supuestos de trata, la violencia doméstica o las prácticas tradicionales nocivas, por ejemplo), pueden constituir actos de tortura o de esclavitud -así lo han señalado los organismos de derechos humanos y la jurisprudencia internacional-, las reservas al artículo 2 se considerarían nulas de pleno derecho por afectar a derechos y obligaciones que tienen el carácter de *ius cogens* y por ser contrarias a una norma imperativa de Derecho Internacional. Lo mismo podemos decir en relación con el artículo 16 del tratado que regula el matrimonio y las relaciones familiares, y que también se convierte en elemento esencial del tratado para proteger a las mujeres frente a los actos de violencia que persisten en el ámbito doméstico. En consecuencia, la protección de la integridad de la mujer que ofrece la Convención CEDAW quedaría salvada con estos argumentos frente a las reservas que formulen los Estados a las disposiciones claves del texto, pues se tendrían por no puestas. Sin embargo, no podemos pasar por alto que todo este razonamiento jurídico tiene su fundamento en los pronunciamientos de órganos -en especial el Comité surgido del tratado- cuyas decisiones no tienen carácter vinculante para los Estados, sino meramente recomendatorio. En nuestra opinión, es preciso dotar al Comité de poder decisorio en este tema, en línea con lo recomendado por la CDI en sus informes. Una modificación de la Convención en este sentido dotaría a este tratado de una eficacia de la que ahora mismo carece por mor de las reservas. Ello sin olvidar, siguiendo a la doctrina más autorizada, que los criterios para determinar si las reservas a la Convención CEDAW resultan incompatibles con el objeto y fin del tratado, deberían ser más restrictivos por tratarse de un tratado de derechos humanos y recoger principios de Derecho Internacional que pueden considerarse inderogables.

humanos de ámbito universal” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Dir.) A. PASTOR PALOMAR (Coord.), Vol. 2, Colección Escuela Diplomática nº 16, Madrid, 2010, pp. 235-247.

1.1.4.- El mecanismo de control.

El órgano establecido en la Convención como mecanismo de seguimiento de la aplicación del tratado es el Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), compuesto por 23 expertos, que ejercen sus funciones a título personal⁷⁰. Conforme al artículo 18 de la Convención, los Estados están obligados a remitir para su examen al Comité CEDAW, un informe periódico -al menos cada 4 años- sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones del tratado y sobre los progresos realizados⁷¹. El tratado no obliga a los Estados a señalar en esos informes las dificultades que les impiden o retrasan la aplicación del texto -el apartado 2 del artículo 18 establece esta posibilidad de forma potestativa-. Tampoco incluye la obligación de informar sobre la aplicación de las Recomendaciones Generales que adopte el Comité en desarrollo del tratado ni de informar sobre el estado de su legislación y la práctica sobre los asuntos tratados por el Comité precisando qué medidas han establecido o proponen establecer para aplicar sus mandatos. En definitiva, la Convención no establece un sistema de control fuerte y eficaz, semejante al establecido en la OIT, encaminado a la aplicación final del tratado y de todas las recomendaciones de su órgano de control.

Un débil mecanismo de supervisión, pues, que convierte a la Convención CEDAW, en opinión de Meron, en un instrumento con un estatus de segunda clase dentro de la familia de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas⁷². Los

⁷⁰ Convención CEDAW, cit. supra, artículo 17. Los miembros del Comité son nombrados por los Estados Partes entre personas de gran prestigio y competencia, teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa que permita integrar las diferentes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos del mundo. El Comité es apoyado en sus actividades por la División para el Adelanto de la Mujer, cuyo origen se remonta a 1946 con la creación de la Sección sobre la Condición de la Mujer de la División de Derechos Humanos. En la actualidad la División para el Adelanto de la Mujer forma parte del Departamento de Cuestiones Sociales y Económicas de Naciones Unidas y se encarga de organizar los periodos de sesiones del Comité y de prestarle asistencia participando en la elaboración de sus observaciones a los informes de los Estados y en la preparación del informe que ha de presentar el Comité a la Asamblea General. Vid. A/RES/51/68, 12 diciembre 1996.

⁷¹ Convención CEDAW, cit. supra, artículo 18. El Comité puede invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades. La información proporcionada por tales organismos se integrará en el examen de la aplicación de la Convención. También las organizaciones no gubernamentales participan con el Comité desde los años ochenta, de manera informal, proporcionándole información complementaria. Convención CEDAW, cit. supra, artículo 22; Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p.120.

⁷² MERON, T.: "Enhancing the Effectiveness of the Prohibition of Discrimination Against Women", *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, p. 213. Véase también: CASSESE, A:

autores, además, han puesto de manifiesto la falta de disciplina de los Estados en relación con la presentación de informes, a pesar de los esfuerzos del Comité en la elaboración de directrices generales sobre el contenido y estructura que deben incluir dichos informes⁷³. Los motivos que explican esta indisciplina, a juicio de Rodríguez Manzano, no son otros que “la voluntad política y la carencia de personal cualificado y de recursos económicos para proceder a su elaboración”⁷⁴. Díez Peralta lamenta que estos informes no promuevan la autocrítica, limitándose, en su mayoría, a reproducir las disposiciones legales en la materia, lo que, sumado al retraso considerable en su presentación y examen, constituye un obstáculo para la aplicación plena y efectiva de la Convención.⁷⁵ La relevancia, por tanto, de los informes estatales es relativa, pues, si por una parte es cierto que ofrecen información valiosa sobre la implementación de la Convención y el grado de compromiso de los Estados, también es cierto que su examen, como indica Byrnes, no supone “un proceso judicial o cuasi judicial en el que el Comité determina el grado de sumisión del Estado a las disposiciones de la Convención”⁷⁶.

Aparte del examen de los informes de los Estados, una de las labores más importantes que la Convención atribuye al Comité CEDAW en el artículo 21 es la posibilidad de hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en los datos e información que le trasladen los Estados⁷⁷. El alcance y naturaleza de estas recomendaciones ha sido objeto de debate en el seno del propio Comité, donde se ha

International Law, 2ª ed., OUP, Oxford, 2005, p. 387; GÓMEZ ISA *La Convención sobre la Eliminación...* op. cit. p. 291.

⁷³ “General guidelines regarding the form and contents of report received from states parties under article 18 of the Convention”, completada más tarde con la “Guidelines for the preparation of second and subsequent periodic report” para la preparación del segundo y subsiguientes informes. *Vid.* UN. Doc.CEDAW/C/7/Rev.3, 26 julio 1996, Directrices para la elaboración de los informes de los Estados Partes. En 2002 se revisaron de nuevo las directrices en el documento titulado “Compilación de Directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados Parte en los tratados internacionales de derechos humanos”, que incluye la necesidad de aportar información sobre las Recomendaciones Generales aprobadas por el CEDAW y sobre las medidas encaminadas a aplicar los resultados de las Conferencias organizadas por las Naciones Unidas. *Vid.* UN Doc. HRI/GEN/2/Rev.1/Add.2, 13 mayo 2003. Sobre el cumplimiento por los Estados partes de las obligaciones relativas a la presentación de informes, véase A/70/124, Situación de la Convención CEDAW, cit. supra, párrafos 17 a 27.

⁷⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., pp.117-119.

⁷⁵ *Vid.* DÍEZ PERALTA, op.cit., p.103. Los datos sobre las fechas de presentación de informes por los Estados Partes pueden consultarse en CEDAW/C/48/2, 24 noviembre 2010, “Status of submission of reports by States parties under article 18 of Convention”.

⁷⁶ BYRNES, A.: “The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” en *Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences* BENEDECK W., KISAKEYE, E.M., OBERLEITNER, G., London Zed Books, 2002, pp. 119/72.

⁷⁷ Convención CEDAW, cit. supra, artículo 21.1. Todas las Recomendaciones Generales del Comité CEDAW pueden consultarse en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> (última consulta (12/04/2019)).

discutido si las recomendaciones debían ser específicas o generales, de carácter sustantivo o de carácter meramente técnico, y si se debían hacer sobre cada Estado o sobre todos ellos en su conjunto. Estas dudas fueron resueltas en la primera Recomendación General del Comité en la que institucionalizó un grupo de trabajo permanente en relación con este tema⁷⁸.

Las Recomendaciones Generales son instrumentos valiosísimos para interpretar la Convención y conocer su alcance. A juicio de la doctrina, tienen una apreciable función de interpretación autorizada de la Convención que esclarece su significado, contribuyendo a su progresiva implementación y ofreciendo la oportunidad de ampliar el alcance de esta⁷⁹. Manero Salvador señala cómo a través de las Recomendaciones Generales se pueden superar las carencias de la Convención como consecuencia del número y alcance de las reservas interpuestas⁸⁰. Efectivamente, gracias a las Recomendaciones Generales, la Convención se ha ido enriqueciendo y ampliando a cuestiones inicialmente no previstas como, por ejemplo, la protección de la integridad de la mujer frente a los actos de violencia, de tal manera que ésta no se puede entender en toda su dimensión si no es a la luz de las Recomendaciones del Comité CEDAW. Pero, el potencial de estos instrumentos no nos puede hacer olvidar que las Recomendaciones del Comité carecen de fuerza jurídica obligatoria para los Estados. Por tanto, aún siendo importantes los pronunciamientos del Comité, estos no tienen el carácter vinculante que poseen las disposiciones de la Convención.

El débil mecanismo de control de los informes estatales se verá reforzado en 1999 con la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW que introduce un procedimiento de comunicaciones individuales y un procedimiento de investigación⁸¹. La adhesión al Protocolo es opcional para los Estados Partes de la Convención. Por ello, y porque el Protocolo prohíbe -al contrario que la Convención- formular reservas al texto, el número de Estados que han ratificado el Protocolo -en la actualidad 111- es inferior al número de Estados Partes en la Convención. Para Gómez Isa, la aprobación del Protocolo sitúa a la Convención en la misma posición que los tratados de derechos humanos más importantes aprobados en el seno de Naciones

⁷⁸ Comité CEDAW. Recomendación General núm. 1, 1986, U.N. Doc. A/41/45 at xx (1986).

⁷⁹ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p.127.

⁸⁰ Vid. MANERO SALVADOR, op. cit., p. 210.

⁸¹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptado por la Asamblea General mediante Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. NU. Doc.A/RES/54/4, 15 octubre de 1999. Entrada en vigor el 22 de diciembre de 2000. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2131, p. 83. Instrumento de Ratificación de España (BOE núm. 190, de 9/08/2001). Número de Estados Partes: 111, consultado a 12/04/2019.

Unidas, y no encuentra ninguna razón que explique por qué los derechos de las mujeres no tenían, con anterioridad a la aprobación del Protocolo, la misma protección que el resto de los derechos humanos⁸².

En relación con el procedimiento de comunicaciones individuales (denuncias particulares), es premisa necesaria que los Estados reconozcan la competencia del Comité CEDAW para recibir y considerar este tipo de escritos. Para ello es suficiente que los Estados ratifiquen el Protocolo, ya que, según el artículo 1 del mismo, todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para intervenir en este procedimiento. Este requisito se complementa con lo dispuesto en el artículo 3 que dispone que el Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte del Protocolo⁸³. El texto quiere dejar claro la doble condición de Estado Parte de la Convención y del Protocolo para que el Comité pueda actuar en este tipo de procedimientos. Esta doble exigencia, a nuestro modo de ver, limita considerablemente la posibilidad de hacer uso del procedimiento, puesto que, como hemos dicho anteriormente, el número de Estados que han ratificado el Protocolo es menor que el de los que han ratificado la Convención.

Las denuncias individuales deben cumplir los requisitos de fondo y forma necesarios para su admisión, y pueden ser presentadas por personas individuales o grupos de personas que hayan sido víctimas de una violación de sus derechos por el Estado Parte bajo cuya jurisdicción se hallen. También puede presentar denuncia una persona que no sea víctima de la violación, en nombre de ésta si ha obtenido su consentimiento o justifica que es posible actuar sin él⁸⁴. El requisito del consentimiento en este supuesto supone para algunos autores un pequeño retroceso en relación con otros instrumentos de derechos humanos en los que no aparece esta mención al consentimiento de forma explícita⁸⁵.

Los derechos cuyo incumplimiento puede ser alegado en una denuncia individual es una cuestión que estuvo cargada de polémica en el momento de la redacción del Protocolo. Ante la imposibilidad de alcanzar un consenso entre los partidarios de que se incluyesen todas las disposiciones de la Convención -las

⁸² Vid. GÓMEZ ISA, F. *La Convención sobre la Eliminación...* op. cit. p. 308.

⁸³ Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, cit. supra, artículos 1 y 3.

⁸⁴ Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, cit. supra, artículos 2, 3 y 4. En cuanto a los requisitos materiales y formales, las comunicaciones deben presentarse por escrito y no pueden ser anónimas, y deben acreditar que se han agotado previamente los recursos internos del país denunciado, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que ofrezcan un remedio efectivo.

⁸⁵ Vid. GÓMEZ ISA, *La Convención sobre la Eliminación ...* op.cit., p. 300.

sustantivas y las de carácter programático- y los que se oponían a ello, se optó por incluir únicamente como objeto de las comunicaciones las disposiciones sustantivas. Por tanto, a tenor del artículo 2 del Protocolo, únicamente pueden ser alegados ante el Comité “los derechos enunciados en la Convención”⁸⁶. Esta limitación excluye, en principio, cualquier denuncia individual fundamentada directamente en el derecho de la mujer a no sufrir ningún tipo de violencia que lesione su derecho a la vida y protección de la integridad, puesto que ninguno de estos derechos aparece recogido en el texto. Esta limitación, sin embargo, no ha supuesto un obstáculo para que al amparo de otros derechos reconocidos en la Convención se hayan presentado denuncias individuales por casos de violencia doméstica y violencia de género en los que resulta lesionado el derecho a la vida y la integridad de la mujer.

El procedimiento de resolución de las denuncias, que se desarrolla conforme al artículo 7 y siguientes del Protocolo, tiene dos características singulares: por una parte, la privacidad y confidencialidad -el procedimiento se desarrolla en sesiones privadas-; y, por otra parte, su carácter no verbal, puesto que todo el procedimiento se desarrolla por escrito⁸⁷. La confidencialidad del procedimiento es un rasgo que merma considerablemente su eficacia porque sustrae del conocimiento público importantes violaciones de los derechos de las mujeres.

En el terreno de la práctica se ha hecho muy poco uso de este sistema de comunicaciones individuales y más de la mitad de las que se han presentado han resultado inadmitidas. Muchas de estas denuncias tienen un trasfondo de violencia doméstica⁸⁸, y la mayoría se han presentado contra países europeos, lo que ha llevado a algunos autores a advertir que el sistema de denuncias individuales no se está utilizando contra los Estados donde la igualdad de derechos de las mujeres está mucho menos garantizada que en Europa⁸⁹. Entre los casos más significativos que ha resuelto el Comité podemos citar el asunto *A.T contra Hungría*, en el que dictaminó que la falta de

⁸⁶ *Ibidem*, p. 301.

⁸⁷ Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, cit. supra, artículo 7 y ss.

⁸⁸ El número y situación de las comunicaciones se puede consultar en la web oficial de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas: <http://juris.ohchr.org/Search/Results> (última consulta 12/04/2019). A fecha 24/01/2019 se habían registrado un total de 139 comunicaciones. De este número total se habían resuelto 83 y quedaban pendientes 54. De las resueltas, 50 habían sido declaradas inadmitidas o improcedentes y 33 obtuvieron una decisión final sobre el fondo. De estas últimas, en 28 casos se determinó violación de las disposiciones de la Convención. Véase también, A/70/124, Situación de la Convención CEDAW, cit. supra, párrafo 38 y ss.

⁸⁹ MURDOCH, J: “Unfulfilled Expectations: The Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” en *European Human Right Law Review*, núm. 1, 2010, pp. 26-46, citado por DÍEZ PERALTA, op. cit. p. 104.

legislación específica en Hungría para combatir la violencia doméstica y el acoso sexual constituía una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, especialmente del derecho a la seguridad de las personas. El Comité consideró que Hungría no había cumplido sus obligaciones y había infringido los derechos de la denunciante reconocidos en la Convención⁹⁰. En los asuntos *Sahide Goekce (fallecida) contra Austria* y *Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria*, el Comité recomendó a Austria reforzar la aplicación y la vigilancia de la Ley Federal de protección contra la violencia doméstica y las leyes penales conexas, y le instó a actuar con la debida diligencia para prevenir y responder a la violencia contra la mujer, y a establecer sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento⁹¹.

Contra nuestro país se han presentado tres comunicaciones individuales, dos de ellas inadmitidas -*Maïmouna Sankhé c. España* y *Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña c. España*-, y la tercera -*Ángela González Carreño c. España*-⁹² con decisión sobre el fondo. En esta última, sobre violencia doméstica, el Comité dictaminó que “el Estado ha infringido los derechos de la autora y su hija fallecida en virtud de los artículos 2 a), b), c), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo 1 d), de la Convención, leídos conjuntamente con el artículo 1 de la Convención y la Recomendación General número 19 del Comité”. Como consecuencia del dictamen desfavorable para España, el Comité recomendó al Estado español la adopción de una serie de medidas que abarcaban, además de la reparación de los derechos de la víctima, la necesaria consideración de los antecedentes de violencia doméstica a la hora de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos; el reforzamiento de la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica; y la formación obligatoria a los jueces y personal administrativo sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica, incluyendo formación acerca de la definición de la violencia doméstica y los estereotipos de género, así como, sobre la Convención, su

⁹⁰ Comunicación número 2/2003, *Sra. A. T. contra Hungría* dictamen adoptado el 26 de enero de 2005, 32º período de sesiones; párrafos 2.1 y 9.6.

⁹¹ Comunicación número 5/2005, *Goekce (fallecida) contra Austria*, 6 de agosto 2007, párrafo 12; y Comunicación número 6/2005, *Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria*, 6 de agosto 2007, párrafo 12.

⁹² *Maïmouna Sankhé c. España* CEDAW/C/56/D/29/2011; *Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña c. España*, CEDAW/C/39/D/7/2005; y *Ángela González Carreño c. España* CEDAW/C/58/D/47/2012, párrafos 10 y 11.

Protocolo Facultativo y las Recomendaciones Generales del Comité, en particular la Recomendación General número 19⁹³.

El segundo procedimiento que incluye el Protocolo Facultativo de la Convención es el procedimiento de investigación⁹⁴. Este procedimiento otorga amplias facultades al Comité para iniciar investigaciones en aquellos países que estima se están cometiendo graves o sistemáticas violaciones de los derechos de las mujeres. La particularidad del procedimiento de investigación es que pone en evidencia a los Estados ante la opinión pública, razón por la cual durante la redacción del Protocolo países como Cuba, China, La India o Egipto rechazaron este mecanismo⁹⁵. La solución que se encontró fue incluir la llamada *cláusula opt-out*, esto es, la posibilidad de que un Estado pudiese declarar en el momento de la ratificación del Protocolo que no deseaba quedar vinculado por este procedimiento. Con ello se salvaba un obstáculo más a la hora de la ratificación del texto, teniendo en cuenta que no están permitidas las reservas al Protocolo.⁹⁶ Sin embargo, esta cláusula añade, en nuestra opinión, una debilidad más a la Convención que limita su efectividad para hacer frente a las violaciones de los derechos de las mujeres, ya que cualquier país, a su voluntad, puede evitar la aplicación de uno de los procedimientos más importantes de control del tratado.

Mediante el procedimiento de investigación, el Comité puede abrir, con carácter confidencial, una investigación cuando reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención. En estos casos el Comité puede encargar a uno de sus miembros que realice una investigación, y, si estuviese justificado, y siempre contando con el consentimiento del Estado afectado, la investigación puede incluir una visita *in situ*. El resultado de la investigación concluirá con un informe del Comité con observaciones y recomendaciones que deberá transmitir al Estado denunciado para que, a su vez, presente sus propias observaciones. Transcurrido el plazo de seis meses, el Comité “podrá invitar” -según redacción literal del artículo 9 del texto- al Estado interesado para que le informe de cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.⁹⁷

⁹³ Ángela González Carreño c. España, cit. supra, párrafos 10 y 11.

⁹⁴ Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, cit. supra, artículo 8.

⁹⁵ E/CN.6/1997/5, 18 febrero de 1997, Informe del Secretario General: “Nuevas opiniones de gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre un Protocolo Facultativo a la Convención”, párrafo 74, p. 16.

⁹⁶ Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, cit. supra, artículo 10.

⁹⁷ *Ibidem*, artículos 8 y 9.

Dos características reducen considerablemente, a nuestro modo de ver, la eficacia de este procedimiento. Por una parte, el carácter confidencial y la participación obligatoria del Estado denunciado en todas las etapas del procedimiento. Y, por otra parte, el carácter potestativo de la facultad otorgada al Comité para que el Estado le rinda cuentas de los resultados de su investigación. La ductilidad de este mecanismo de control se acentúa en relación con los resultados de la investigación, ya que la facultad del Comité se limita a invitar al Estado interesado a presentar las medidas adoptadas como resultado de la investigación. El requerimiento no es imperativo, ni para el Comité, que “podrá invitar” al Estado, ni para el propio Estado interesado que recibe una “invitación” del Comité a dar cuenta de las medidas que hubiera adoptado en respuesta a la investigación. Hasta la fecha, el Comité ha iniciado cinco investigaciones –Kirguistán, México, Filipinas, Reino Unido y Canadá- y ha aprobado sus conclusiones y recomendaciones en relación con las investigaciones relativas a México -sobre secuestro, violación y asesinato de mujeres en la zona de Ciudad Juárez-, Canadá -sobre desapariciones y asesinatos de mujeres aborígenes-, y, Filipinas -en materia de salud sexual y reproductiva-⁹⁸.

Uno de los aspectos más interesantes y positivos que ya hemos apuntado del Protocolo es que, al contrario de la Convención, el texto no admite reservas de los Estados⁹⁹. Numerosos Estados mostraron su disconformidad en el momento de la redacción del texto por esta singularidad del Protocolo. Países como Argelia, China, Egipto, India, Israel, Jordania, e incluso los Estados Unidos de América, formularon declaraciones expresando su preocupación por el precedente que el artículo 17 del Protocolo podría establecer de cara al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues, en su opinión, contradecía una práctica bien asentada en el Derecho Internacional de permitir la formulación de reservas a los tratados¹⁰⁰. Compartimos en este punto la opinión de algunos autores, que piensan que, sin embargo, la prohibición de reservas al Protocolo puede suponer un buen precedente para futuros desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰¹. Dada la naturaleza de este tipo de tratados que recogen valores y derechos que deben ser

⁹⁸ Se pueden consultar en: <https://tbinternet.ohchr.org/> (última consulta 25/04/2019). Vid. A/70/124, Situación de la Convención CEDAW, cit. supra, párrafo 42. Véase también: CEDAW/C/OP.8/PHL/1, CEDAW/C/2005/OP.8/MÉXICO, CEDAW/C/OP.8/CAN/2.

⁹⁹ Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, cit. supra, artículo 17.

¹⁰⁰ Interpretative Statements on the Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, pp. 4 y ss.

¹⁰¹ Vid. GÓMEZ ISA, *La Convención sobre la Eliminación...*, op. cit. p. 307.

salvaguardados por la comunidad internacional en su conjunto, las reservas a estos tratados no deberían ser limitadas sino prohibidas para garantizar de esta manera el respeto y protección de los derechos fundamentales. No ignoramos que esta solución limitaría el número de ratificaciones de los tratados, pero esta circunstancia, que más bien forzaría a los Estados a hacer un esfuerzo de imaginación en la elaboración de los textos combinando la universalidad y la particularidad de los países, no puede servir de argumento para desvirtuar esta idea, máxime si tenemos en cuenta que el talón de aquiles de los tratados universales de derechos humanos es el problema de las reservas a sus disposiciones esenciales, lo que a efectos prácticos los deja de igual manera sin efectos.

Así pues, consideramos que es necesario reforzar la labor del Comité CEDAW otorgándole carácter vinculante a sus decisiones, ya provengan del examen de los informes estatales o de la elaboración de Recomendaciones Generales. El procedimiento de denuncias individuales, que fue aprobado con un considerable e inexplicable retraso, a las puertas del siglo XXI, debe ser mejorado, eliminando requisitos que merman su eficacia, como la confidencialidad o su carácter no verbal, dotándolo de mayor flexibilidad y permitiendo la ampliación del objeto de la denuncia a otros derechos de las mujeres, como el derecho a la vida o a la protección de su integridad física o moral, al objeto de reducir las causas de inadmisibilidad de este tipo de denuncias. El procedimiento de investigación ante violaciones graves y sistemáticas de derechos básicos de las mujeres, debe ser reforzado, atribuyéndole al Comité facultades más amplias y expeditivas para llevar a cabo el control de las medidas adoptadas por el Estado del que se tiene fundadas sospechas de violaciones graves y sistemáticas de los derechos de la Convención. No olvidemos que se trata de un procedimiento que se inicia exclusivamente cuando el Comité recibe información fidedigna que demuestra que se están cometiendo violaciones graves y sistemáticas de los derechos de las mujeres. A ello hay que añadir la posibilidad que se concede a los Estados de no reconocer la competencia del Comité en relación con el procedimiento de investigación. No parece adecuado contar con una herramienta tan débil y que ofrece tantas vías de escape para hacer frente a violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos.

Ambos procedimientos, el de denuncias individuales y el de investigación, tal y como están regulados en la actualidad, reducen la virtualidad práctica del Protocolo Facultativo de la Convención. Así lo ha señalado la doctrina y el propio Comité

CEDAW que califica de modestos los resultados de su labor con arreglo al Protocolo¹⁰². Un aspecto del Protocolo que nos llama la atención es la ausencia de regulación de un procedimiento de denuncias interestatales como mecanismo de protección, que no ocurre, en cambio, en otros tratados de derechos humanos similares, como la Convención de los Derechos del Niño, por ejemplo. A nuestro modo de ver, esta carencia debilita la Convención frente a otros tratados de derechos humanos. No hemos encontrado una razón de peso que explique el por qué se deja al margen este procedimiento de control. Podría pensarse en las discrepancias entre los países a la hora de elaborar el texto que no permitieron su inclusión, pero no sería razón suficiente, si tenemos en cuenta que la Convención de los Derechos del Niño también vivió estas diferencias y su Protocolo Facultativo sí incluye este procedimiento de control.

1.1. 5.- La implementación de la CEDAW en España.

Al igual que el resto de los Estados Partes, nuestro país también ha sido examinado por el Comité CEDAW sobre el grado de cumplimiento de la Convención, del Protocolo Facultativo y de las Recomendaciones Generales. En las últimas Observaciones finales de 2015 elaboradas sobre los informes periódicos séptimo y octavo, el Comité destaca los aspectos positivos de las actividades llevadas a cabo por España en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y los aspectos que considera motivos de preocupación¹⁰³.

Como aspectos positivos, el Comité señala las reformas legislativas emprendidas y la mejora del marco institucional y normativo. En particular, la aprobación de la Ley 4/2015 sobre la condición jurídica de las Víctimas de Delitos; la LO 1/2015 por la que se modifica el Código Penal con respecto a la violencia contra la mujer; Ley 12/2009 de octubre de 2009 sobre el asilo y la protección subsidiaria; la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016; el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016; el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de

¹⁰² Vid. MANERO SALVADOR, op. cit. p. 212; Situación de la Convención CEDAW, cit. supra, párrafo 46.

¹⁰³ CEDAW/C/ESP/CO/7-8, 29 de julio de 2015, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavos combinados de España. El noveno informe periódico será presentado por España ante el Comité CEDAW en julio de 2019, párrafo 45.

Mujeres y Hombres en la Sociedad de la Información 2014-2017; y la adhesión a diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁰⁴.

Como motivos de preocupación, el Comité señala - aparte del contexto general de crisis económica y medidas de austeridad que han tenido efectos negativos en todas las esferas de la vida de las mujeres-, los siguientes puntos: la divulgación de la Convención, el Protocolo y las Recomendaciones Generales; las reservas y declaraciones a la Convención¹⁰⁵; el mecanismo nacional encargado del adelanto de la mujer¹⁰⁶; las medidas especiales de carácter temporal¹⁰⁷; los estereotipos; la violencia contra la mujer; la trata y explotación de la prostitución; la participación en la vida política y pública¹⁰⁸; la educación¹⁰⁹; el empleo¹¹⁰; la salud¹¹¹; las mujeres rurales; los

¹⁰⁴ LO 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español, BOE número 77 de 31/03/ 2015; Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE número 101 de 28/04/2015; Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE número 263 de 31/10/2009; Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016 aprobada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2013; Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de marzo de 2014; Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de Mujeres y Hombres en la Sociedad de la Información 2014-2017 aprobado mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de septiembre de 2014. Los Planes y Estrategia disponibles en <http://www.inmujer.gob.es/elInstituto/historia/home.htm> (última consulta 12/04/2019).

¹⁰⁵ El Comité apunta a la reserva formulada por España en el momento de ratificar la Convención referida al artículo 57.1 de la Constitución española que regula el orden de sucesión a la Corona de España con el fin de mantener en vigor la preferencia del varón a la mujer en el orden sucesorio, y reitera su recomendación de retirada de dicha reserva. Este aspecto ya fue señalado por el Comité en las anteriores Observaciones de 2009. *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 12 y 13.

¹⁰⁶ La reestructuración ministerial llevada a cabo en 2011, que supuso la supresión del Ministerio de Igualdad y la sustitución del Instituto de la Mujer por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, ha afectado, en opinión del Comité, a la capacidad del Estado para velar por la formulación y aplicación efectiva de políticas en materia de género. Asimismo, la falta de una estrategia de igualdad de género de ámbito nacional, la insuficiente coordinación entre la Administración central y las Comunidades Autónomas, y la reducción de competencias de la Administración local en esta materia, son aspectos que preocupan al Comité en relación con el mecanismo nacional encargado del adelanto de la mujer. En la actualidad, sin embargo, tras la última remodelación ministerial, las políticas de igualdad entre hombres y mujeres y la erradicación de la discriminación, se han vuelto a incorporar a un ministerio propio, el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, para resaltar con ello la importancia de este asunto en la actual agenda política. Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 14 y 15. *Vid.* Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE número 138 de 7 de junio de 2018), artículo 12.

¹⁰⁷ Sobre las medidas especiales de carácter temporal, el Comité considera que falta una estrategia integral para su aplicación. *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 16 y 17.

¹⁰⁸ En el ámbito de la participación política y pública, el Comité señala la baja participación en general de la mujer en los asuntos públicos, en particular en puestos decisorios de las Comunidades Autónomas, el servicio diplomático y en el poder judicial. *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 24 y 25.

¹⁰⁹ Los aspectos que preocupan al Comité en relación con la educación en España, son los siguientes: la elección por parte de mujeres y niñas de esferas educativas en las que tradicionalmente predominan las mujeres; la insuficiente representación de las mujeres en la educación técnica y la formación profesional; el bajo nivel de asistencia a la escuela de las niñas romaníes; la sustitución en los planes de estudio de la asignatura de educación para la ciudadanía y los derechos humanos; y la no impartición en las escuelas con carácter obligatorio de educación sobre salud y derechos sexuales y reproductivos. *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 26 y 27.

grupos de mujeres desfavorecidas; las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo; y el matrimonio y las relaciones familiares.

En relación con la violencia contra la mujer, el Comité está alarmado por la prevalencia de la violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, y por el alto porcentaje de mujeres que mueren como resultado de la violencia de género en relaciones de pareja; y esto a pesar de la existencia de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y de un sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género¹¹². Hay tres cuestiones que preocupan especialmente al Comité: la insuficiencia de la LO 1/2004, que no abarca la violencia de género fuera del ámbito de las relaciones de pareja, el número de niños asesinados por sus padres en el ejercicio de sus derechos de visita, y el deterioro de los servicios de protección de las mujeres víctimas de la violencia doméstica en distintas Comunidades Autónomas, en particular la limitada disponibilidad de casas de acogida para mujeres y niños¹¹³. El Comité llama la atención sobre el concepto de “síndrome de alienación parental” que ha seguido aplicándose en varias disposiciones judiciales para retirar la custodia de los hijos a la madre y otorgársela al padre acusado de violencia doméstica. Según el Comité, los mecanismos legislativos no abordan adecuadamente el asunto de la custodia de los hijos en los supuestos de violencia doméstica¹¹⁴.

¹¹⁰ Y en el ámbito del empleo persiste la desigualdad salarial por razón de género -en un porcentaje del 17,8%, superior a la media de la Unión Europea-; la segregación vertical y horizontal en el mercado de trabajo; la concentración de mujeres en el trabajo a tiempo parcial; y la escasa representación de las mujeres en los puestos directivos de las empresas sin que se establezcan sanciones por el incumplimiento del equilibrio de género en los puestos directivos de las grandes empresas. También se recrimina a España que no haya ratificado aún el Convenio de la OIT sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos. *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 28 y 29.

¹¹¹ A propósito de la salud, el Comité señala que la enmienda del RD-ley 16/2012 (BOE número 98 de 24/04/2012, artículo 3 ter.) ha tenido un efecto desproporcionado en las mujeres migrantes ya que les ha privado del acceso gratuito a los servicios de salud sexual y reproductiva. *Observaciones finales sobre los informes*, cit. supra, párrafos 30 y 31. En la actualidad, la limitación establecida en la citada norma ha sido suprimida mediante el Real Decreto-ley 7/2018, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE número 183 de 30 de junio de 2018). Hoy por hoy el acceso a la salud en España en condiciones de equidad y universalidad es un derecho primordial de toda persona.

¹¹² LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, 29 diciembre 2004, artículo 1. Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, que se puso en funcionamiento el 26 de julio del 2007 en cumplimiento de lo establecido en la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

¹¹³ *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 20 y 21.

¹¹⁴ *Ibidem*, párrafos 38 a 41.

Los estereotipos de género preocupan al Comité por su persistencia, pese al avance que supone la creación del Observatorio de la Imagen de las Mujeres¹¹⁵. En particular, el Comité señala que no se hayan adoptado medidas para eliminar los estereotipos en el sistema educativo y que no se hayan revisado los planes de estudios escolares ni los libros de texto con dicho objetivo¹¹⁶. Reiterando lo que indicaba en sus anteriores Observaciones de 2009¹¹⁷, al Comité le sigue preocupando la prevalencia de la trata de mujeres y niñas en España y la falta de una legislación integral de lucha contra la trata, así como el hecho de que España no haya tipificado como delito todas las formas de trata. En relación con la explotación de la prostitución, el Comité apunta como un problema la limitada definición de proxenetismo y la escasez de datos sobre este fenómeno¹¹⁸. Ciertos grupos de mujeres que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad requieren, a juicio del Comité, la adopción de medidas específicas por parte del Estado español. Se trata de las mujeres rurales; las mujeres migrantes; las mujeres romaníes; las mujeres mayores; las mujeres con discapacidad; y las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo. En este último caso, el Comité se refiere a las mujeres y niñas que cruzan la frontera de Ceuta y Melilla y son expulsadas sin que haya habido una evaluación individual específica de las cuestiones de género¹¹⁹. El Comité recuerda al Estado español la obligación de aplicar de manera continua y sistemática las disposiciones de la Convención, del Protocolo Facultativo y las Recomendaciones Generales, en particular, debe adoptar medidas para cumplir las recomendaciones que figuran en el dictamen del Comité sobre la comunicación 47/2012 referida al caso *Ángela González Carreño c. España*¹²⁰.

Finalmente, en las Observaciones de las que estamos dando cuenta, el Comité conmina a nuestro país a que presente información por escrito en un plazo de dos años sobre las medidas que haya adoptado para aplicar las recomendaciones que figuran en los párrafos 21 a), b) y f) y 37 c) de dicho documento, y que dicen lo siguiente¹²¹:

¹¹⁵ Observatorio de la Imagen de las Mujeres, inicialmente denominado Observatorio de la Publicidad Sexista, se creó en 1994. Se gestiona desde el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades y su objeto es analizar la representación de las mujeres en la publicidad y en los medios de comunicación.

¹¹⁶ *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. ut supra, párrafos 18 y 19.

¹¹⁷ *Vid.* CEDAW/C/ESP/CO/6, 7 agosto de 2009, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párrafo 21.

¹¹⁸ *Vid.* Observaciones finales sobre los informes, cit. supra, párrafos 22 y 23.

¹¹⁹ *Ibidem*, párrafos 32 a 37.

¹²⁰ *Ibidem*, párrafo 11.

¹²¹ *Ibidem*, párrafos 42 y 44.

- “21. a) Revisar su legislación sobre la violencia contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia ejercida por cuidadores, la violencia policial y la violencia en espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas; b) disponer cursos obligatorios para los jueces, los fiscales, los agentes de policía y otros agentes del orden sobre la Convención y su Protocolo Facultativo y sobre la estricta aplicación de las disposiciones penales relativas a la violencia contra la mujer, y sobre procedimientos que tengan en cuenta el género para entrevistar y tratar a las mujeres que son víctimas de violencia; f) recopilar datos estadísticos sobre la violencia doméstica y sexual desglosados por sexo, edad, nacionalidad y relación entre la víctima y el autor”.
- “37.c) Proporcionar tratamiento adecuado a las mujeres y niñas solicitantes de asilo con necesidades específicas y adoptar una perspectiva de género a la hora de elaborar programas de asistencia”.

La información requerida fue proporcionada al Comité¹²², y la respuesta de éste no ha sido satisfactoria en ninguno de los supuestos apuntados, pues ha señalado que las medidas implantadas por España para dar cumplimiento a las recomendaciones del Comité no han sido suficientes (“It considers that the State party has been partially implemented”)¹²³. En el mismo sentido apunta el “informe sombra España 2017” suscrito por más de 160 organizaciones no gubernamentales¹²⁴.

En definitiva, de este examen a nuestro país surgen básicamente tres reflexiones. La primera, la insuficiencia de las medidas puestas en marcha por España para hacer frente a la violencia contra la mujer en todas sus formas, pese a la prevalencia constatada de muchas de ellas -violencia doméstica, trata, etc.- La segunda, el retroceso que aprecia el Comité CEDAW en la formulación de políticas en materia de género. Y la tercera, los serios esfuerzos que aún debe emprender nuestro país para cumplir los compromisos internacionales adquiridos con la ratificación de la Convención.

¹²² Vid. Información suministrada por España sobre el seguimiento de las Observaciones finales en CEDAW/C/ESP/CO/7-8/Add.1, 23 de agosto de 2017.

¹²³ Documentos disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=944&Lang=en (última visita 12/04/2019).

¹²⁴ Informe sombra seguimiento CEDAW, julio 2017, elaborado por la Plataforma CEDAW Sombra España. Es un trabajo de seguimiento de la evolución de las cuestiones sobre violencia de género y mujeres y niñas refugiadas señaladas por el Comité CEDAW al Estado Español en su examen de julio de 2015 (61ª sesión). Disponible en: <https://cedawsombraesp.wordpress.com/> (última visita 12/04/2019).

1.2.- La Convención de los Derechos del Niño y la protección de la integridad de las niñas.

Continuando con el proceso de expansión de los derechos reconocidos en los grandes Pactos, en 1989 se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, primer instrumento vinculante de desarrollo sistemático de los derechos de la infancia y uno de los tratados de derechos humanos que ha recibido mayor número de ratificaciones¹²⁵. La protección de la infancia figuraba ya en la DUDH, cuyo artículo 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales, así como, el derecho de todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, a igual protección social¹²⁶. Esta concisa referencia fue desarrollada posteriormente en los grandes Pactos de Derechos Humanos, que, manteniéndose en la línea proteccionista, incluían disposiciones específicas para los niños¹²⁷.

¹²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor de 2 septiembre de 1990. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577. Número de Estados Partes: 196. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313 de 31/12/1990).

En la actualidad la Convención sobre los derechos del niño ha sido ratificado por prácticamente la totalidad de los países pertenecientes a las Naciones Unidas. Estados Unidos firmó la convención en 1995 pero aún no ha procedido a su ratificación, compromiso que asumió durante su presidencia Barack Obama. El profesor de la Universidad estatal de Georgia, JONATHAN TODRES explica que los refractarios a la aceptación plena del tratado –los grupos políticos conservadores– rechazan el texto por una cuestión de "soberanía". Por su parte, JORGE CARDONA, miembro español del Comité de Derechos del Niño argumenta que hay razones para entender por qué EE. UU. no ha ratificado el acuerdo, aunque no se compartan. En concreto alude como obstáculos para la ratificación: "la pena de muerte que se aplica en algunos Estados por hechos cometidos antes de los 18 años [algo que prohíbe la Convención] y el reconocimiento de ciertos derechos sociales y culturales, especialmente el derecho a la salud que difícilmente encaja con el sistema de seguros privados que tienen en Estados Unidos." Opiniones disponibles en http://www.eldiario.es/desalambre/Somalia-Unidos-Convencion-Derechos-Nino_0_355215165.html (última consulta 12/04/2019).

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131108_internacional_eeuu_tratado_ninos_ratificacion_tsb (última consulta 12-04-2019).

¹²⁶ Con anterioridad a la DUDH, la V Asamblea de la Sociedad de Naciones aprobó el 24 de septiembre de 1924 la Declaración de Derechos del Niño, conocida como Declaración de Ginebra, como consecuencia de los desastres derivados de la Primera Guerra Mundial. Con la creación de las Naciones Unidas se puso en marcha en 1946, tras la Segunda Guerra Mundial, el Fondo de las Naciones Unidas de Ayuda a la Infancia, UNICEF, que en 1953 se convirtió en un organismo permanente destinado, entre otras cosas, a la promoción de los derechos de la infancia.

¹²⁷ El PIDCP se refiere a los menores de dieciocho años cuando regula la pena de muerte, la privación de libertad de las personas procesadas o condenadas, y las garantías mínimas de protección durante los procedimientos penales. De forma genérica, el Pacto reconoce el derecho del niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere sin discriminación por motivos de sexo, entre otras circunstancias; así como, el derecho del niño a un nombre y a adquirir una nacionalidad. El PIDESC, por su parte, recoge la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes en materia de seguridad social, y la adopción de medidas para reducir la mortalidad y el sano desarrollo de los niños. PIDCP, cit. supra, artículos 6.5, 10.2, 10.3, 14.4 y 24.; PIDESC, cit. supra, artículos 10.3 y 12.2.

Es un hecho significativo que los textos mencionados hablen de “niños” y no de niñas; cuestión que, a nuestro juicio no es baladí¹²⁸, porque conduce al olvido de las necesidades y situaciones específicas que sufren las niñas por el hecho de ser mujeres. Este lenguaje excluyente se traduce en una ausencia de protección específica de la integridad de las niñas, pese a que éstas han sufrido a lo largo de la historia -y siguen sufriendo- una situación jurídica aún más desfavorecida que la de los niños. En la actualidad, según datos de UNICEF, las mujeres y las niñas constituyen el 70% de la población mundial que vive bajo el umbral de la pobreza y, en situaciones de conflicto armado, sufren violaciones sexuales de forma sistemática y masiva con el objeto de alterar la composición étnica de la población de determinados territorios¹²⁹. El experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas señala en sus informes que la tasa de abusos de violencia sexual en el hogar sufridos por

¹²⁸ Sobre sexismo lingüístico: BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: “Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, Núm. 73, septiembre-diciembre 2008, págs. 71-100. Sostiene Balaguer que autores como Wittgenstein y Gadamer demuestran que el lenguaje es el principal conformador del pensamiento. Y que es en el lenguaje donde reside la identidad de las personas. De ahí la importancia de que las mujeres sean designadas con su particular identidad, para conformar un pensamiento propio de género. Un análisis sobre los usos sexistas del lenguaje, en el trabajo de investigación titulado “Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico”, Investigadoras principales: ANA RUBIO CASTRO (Universidad de Granada), ENCARNA BODELÓN GONZÁLEZ, (Universidad Autónoma de Barcelona). También es interesante la introducción de VIGARA TAUSTE, A.M.: “De sexismo, lenguaje, discurso y discriminación de género” en *De igualdad y diferencias: diez estudios de género*, Ana Maria Vigara Tauste (dir.), Huerga y Fierro Editores, Madrid, 2009, pp.11-18. Con un enfoque bien distinto, la RAE decidió llamar la atención sobre las guías de lenguaje no sexista publicadas en los últimos años por diversas instituciones públicas. Informe redactado por IGNACIO BOSQUE titulado *Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer*, suscrito por todos los académicos numerarios y asistentes al pleno de la Real Academia Española celebrado el 01/03/2012. Disponible en: http://www.rae.es/sites/default/files/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer_0.pdf (última consulta 12/04/2019).

¹²⁹ UNICEF, “The State of the World’s Children 2017: Executive Summary”, <https://data.unicef.org/resources/state-worlds-children-2017-statistical-tables/> (última consulta 12/04/2019), y UNICEF: “La situación de las mujeres y la niñas: hechos y cifras” http://www.unicef.org/spanish/gender/3984_factsandfigures.html (última consulta 12/04/2019). El informe de UNICEF de 2015 apunta a que casi la mitad de todas las muertes en niños menores de 5 años son atribuibles a la desnutrición lo que se traduce en la pérdida de unos 3 millones de vidas al año; la violencia, el trabajo infantil, la trata, la explotación sexual, la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil, son los peores tipos de violaciones de derechos que experimentan millones de niños en todo el mundo; de las 35 millones de personas que vivían con el VIH en el mundo en 2013, 3,2 millones eran niños menores de 15 años de edad y alrededor de 17,6 millones eran mujeres y niñas. Sobre la situación de la infancia en general, según datos de la UNESCO, 124 millones de niños en el mundo durante el año 2013 se encontraban sin escolarizar. Save the Children calcula que cerca de 27 millones de niños y niñas en Europa están en riesgo de pobreza o exclusión social. Véase, Informe publicado conjuntamente por el Instituto de Estadística de la UNESCO y el Informe de Seguimiento de Educación para todos en el mundo, publicado 15/07/2015. Disponible en : <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002336/233610S.pdf> (última consulta 12/04/2019); “Pobreza infantil y exclusión social en Europa, una cuestión de derechos”, 2014, Save the Children, http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/670/Informe_Pobreza_infantil_y_exclusion_social_en_Europa.pdf (última consulta 12/04/2019).

las niñas es de 1,5 a 3 veces mayor que la de los varones¹³⁰. El olvido de esta situación de especial vulnerabilidad de las niñas será remediado “sutilmente” por uno de los Protocolos de la Convención elaborados para poner fin a la utilización de los niños en la prostitución y la pornografía. Del mismo modo, otros instrumentos jurídicos extraconvencionales -por ejemplo, la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer- y algunos mecanismos de protección de los derechos humanos -por ejemplo, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias¹³¹-, han sacado a la luz situaciones de violencia que afecta de manera particular a las niñas, incluyéndolas en su ámbito de protección. El hecho de que estos instrumentos extraconvencionales creados específicamente para eliminar la violencia contra la mujer extiendan su protección a las niñas, enriquece y refuerza el sistema de protección de los derechos de la infancia, máxime si tenemos en cuenta que el principal tratado que regula sus derechos no hace mención de las diferentes formas de violencia que éstas sufren en razón de su género. La complementariedad de los citados instrumentos obliga a mantener una visión integral y de conjunto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la hora de abordar la regulación internacional de los derechos de los niños.

La Convención de los Derechos del Niño cuenta con la particularidad de ser el tratado de derechos humanos más universal. Sin embargo, está aquejado de la misma problemática que afecta a la Convención CEDAW, esto es, las numerosas reservas formuladas que disminuyen su eficacia e impiden la consecución del objeto y fin del tratado. La universalidad de la Convención, en opinión de Soroeta Liceras, va en detrimento de su efectividad por las culturas y tradiciones tan diversas de los países que lo han suscrito. Para este autor, el gran mérito del texto lo constituye el haber logrado una primera positivación de los derechos del niño a escala internacional y el haber abierto un debate no sólo sobre el estatuto del niño en la sociedad, sino también sobre la

¹³⁰ “Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas”, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafos 44, 69, 78 y 106. El experto señala que no sólo en el ámbito doméstico, también en el ámbito de la comunidad, las niñas tienen un creciente riesgo de violencia sexual y por cuestiones de género. En particular, este riesgo se acentúa en el caso de las niñas refugiadas y desplazadas.

¹³¹ Según la Relatora Especial, los actos de violencia física, psicológica y sexual se cometen tanto contra los niños como contra las niñas, pero hay diferencias entre ambos sexos. Por ejemplo, se estima que el 90% de las víctimas del abuso sexual infantil son niñas y más del 90% de los autores son hombres. *Vid.* E/CN.4/1996/53, 5 de febrero 1996, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. RADHIKA COOMARASWAMY, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafos 86 a 90. En otro de sus informes, la Relatora incluye a las niñas como víctimas de los homicidios de mujeres relacionados con el género. *Vid.* A/HRC/20/16, 23 de mayo de 2012, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Sra. RASHIDA MANJOO sobre homicidios de mujeres relacionados con el género.

situación de los niños en el mundo¹³². Para Hierro Liborio las normas internacionales han supuesto una toma de conciencia colectiva que ha sacado a la infancia de la invisibilidad que venía secularmente ocultando su especial situación de sometimiento, desigualdad e inseguridad¹³³.

La protección del menor que ofrece la Convención se asienta sobre cuatro pilares que se desarrollan a lo largo de su articulado: el principio de no discriminación, el principio de supervivencia y desarrollo del niño, el principio del interés superior del niño y el principio de participación del niño o derecho a ser escuchado en todas las decisiones que les afecten. Estos dos últimos considerados por Cardona Llorens como principios “revolucionarios” en relación con la situación anterior al tratado¹³⁴. Para la Convención debe entenderse por niño “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹³⁵. La salvedad que establece el artículo 1 permite a cada Estado establecer un límite de edad diferente al de los 18 años para considerar que un niño ha pasado a la edad adulta. Esta cuestión es importante si consideramos que una de las formas de violencia contra las niñas más prevalente en algunos países son los matrimonios infantiles y precoces, y que muchos Estados tienen fijada en la actualidad una edad mínima para el matrimonio por debajo de los 18 años.

En particular sobre la protección de la integridad de los menores, la Convención, que como hemos apuntado con anterioridad no incluye un enfoque de género ni hace alusión a las situaciones particulares de violencia que sufren las niñas por su doble condición de mujeres y de menores, hace referencia a diferentes formas de explotación, abuso y malos tratos de los que pueden ser objeto los niños. La disposición que de forma más clara regula estos abusos y malos tratos es el artículo 19 del texto que obliga a los Estados a adoptar “todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un

¹³² SOROETA LICERAS, J.: “Los derechos del niño”, en “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, p. 301.

¹³³ Vid. HIERRO LIBORIO, op. cit. p.140.

¹³⁴ El entrecomillado es del autor. Vid. CARDONA LLORENS, J.: “La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos” en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 47 a 68, p.51., Vid. SOROETA LICERAS, op. cit., pp. 296-297, Vid. Convención sobre los Derechos del Niño, cit. supra, artículos 2.1, 3, 6, y 12.

¹³⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, cit. supra, artículo 1.

representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” Estas medidas de protección deben comprender procedimientos y programas sociales que proporcionen la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, y deben incluir la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación de los casos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial¹³⁶.

Otras disposiciones del texto regulan la abolición de las prácticas tradicionales nocivas para la salud del niño -artículo 24.3-; la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales -artículo 34-; la adopción de medidas para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños -artículo 35-; y la obligación de garantizar que ningún niño sea sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente -artículo 37-¹³⁷. Reiteramos que ninguno de estos artículos contempla medidas especiales para las niñas que son las que mayoritariamente sufren este tipo de prácticas nocivas y abusos.

Como órgano de control del tratado, la Convención establece el Comité de los Derechos del Niño, integrado por expertos en la materia que ejercen sus funciones a título personal, cuya función principal consiste en el examen de los informes que los Estados Partes deben presentarle de forma periódica para justificar el cumplimiento de sus obligaciones. Además de esta función, el Comité puede formular sugerencias y recomendaciones generales sin fuerza jurídica vinculante para los Estados, aunque, como ocurre en el caso de órganos similares de otros tratados de derechos humanos, son instrumentos muy valiosos para determinar el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con la Convención y sus Protocolos y, en muchos casos, tienen el efecto de extender la aplicación de estos textos a materias no previstas inicialmente en los mismos¹³⁸.

El mecanismo de control que establece la Convención es la presentación de informes periódicos por parte de los Estados, que será complementado más tarde, en virtud del Protocolo Facultativo de 2011 -ratificado por un escasísimo número de Estados-, con tres procedimientos más de control: las denuncias individuales -“comunicaciones” en términos del tratado-, las comunicaciones interestatales, y el procedimiento de investigación en caso de violaciones graves y sistemáticas por un

¹³⁶ *Ibidem*, artículo 19.

¹³⁷ *Ibidem*, artículos 24.3, 34, 35, 36 y 37.

¹³⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, cit. supra, artículos 43, 44 y 45.

Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención¹³⁹. Prácticamente las mismas limitaciones que apuntábamos respecto a los mecanismos de control de la Convención CEDAW -la exigencia de la doble condición de Estado Parte en la Convención y en el Protocolo para admitir las denuncias, y la cláusula *opt-out*, entre otras-, se repiten en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, lo que merma la eficacia de los procedimientos y limita en la práctica su utilidad. Si bien, la Convención de los Derechos del Niño dispone de un mecanismo de denuncias interestatales de la que aquella carece.

Al hilo de lo que estamos hablando es interesante la opinión de Cardona Llorens, miembro español del Comité de los Derechos del Niño, sobre el principal reto de futuro que afronta este Comité y en general todo el sistema de control de los nueve tratados de derechos humanos que han previsto la creación de un Comité semejante. Afirma el autor que este sistema se ha ido haciendo grande, “demasiado grande”, a la vez que complejo, opaco y pesado, lo que ha traído como consecuencia que todos los Comités acumulen un elevado retraso en el análisis de los informes que deben examinar. Si el sistema no se ha desbordado -dice Cardona Llorens- es porque un número no despreciable de Estados no cumplen su obligación de presentar los informes cuando deben, esto es, el sistema no se ha colapsado porque los Estados violan sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A su juicio, es necesaria “bien una reforma, bien una adaptación, bien un fortalecimiento del sistema” para que se pueda lograr el gran reto: garantizar las normas¹⁴⁰.

¹³⁹ Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, aprobado mediante Resolución de la Asamblea General, A/RES/66/138, 19 diciembre de 2011. U.N. *Treaty Series*, N° 27531, 14 de abril de 2014. Número de Estados Partes a fecha 25/04/2019: 44. Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE número 27 (31/01/2014).

Los procedimientos se sustancian ante el Comité de Derechos del Niño, cuyo principio rector será siempre el interés superior del niño. La ratificación del Protocolo lleva implícita la aceptación de la competencia del Comité para actuar en los tres procedimientos; sin embargo, el Comité no ejercerá su competencia respecto de un Estado Parte en el Protocolo que no haya ratificado la Convención, ni tampoco recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado que no sea parte del Protocolo.

Las comunicaciones interestatales pueden ser examinadas por el Comité únicamente si el Estado Parte en el Protocolo ha realizado una declaración explícita de reconocimiento de la competencia del Comité para actuar en este procedimiento.

El procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas no requiere la declaración de aceptación por parte del Estado Parte de la competencia del Comité, pero cualquier Estado puede declarar en el momento de firmar o ratificar el Protocolo, o de adherirse a él, que no reconoce la competencia del Comité para intervenir en este tipo de procedimiento. *Vid.* artículos 1, 12, 13 y 14.

¹⁴⁰ El autor se refiere a los 9 Comités surgidos de los tratados de derechos humanos: Comité para la eliminación de la discriminación racial, Comité de Derechos Humanos, Comité DESC, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y Comité contra las desapariciones forzadas. Según sus datos

La Convención de los Derechos del Niño ha sido complementada por dos Protocolos Facultativos aprobados a principios del siglo XXI que inciden en problemas graves que han escandalizado al mundo y que tienen que ver con la utilización de los niños para el sexo, y para la guerra. Se trata del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y del Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados.

La creciente trata internacional de menores para su utilización como mercancía sexual impulsó la aprobación del primer Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que tiene por objeto ampliar las medidas de protección que regula la Convención frente a este tipo de conductas, adoptando un enfoque penalista¹⁴¹. El Protocolo, que ha recibido un alto número de ratificaciones, reconoce en su Preámbulo que las niñas están expuestas en mayor proporción que los niños a las conductas que se criminalizan, tanto -dice el Protocolo- que “su representación entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alta”¹⁴². Para erradicar estas conductas el Protocolo apuesta por un enfoque global del problema que tenga en cuenta múltiples factores -pobreza, subdesarrollo, disparidades económicas, etc.-, entre los que se incluyen las prácticas tradicionales nocivas y la trata”¹⁴³. La referencia a estas formas de violencia que afectan particularmente a las niñas, acerca al texto, aunque de manera sutil, a un cierto enfoque de género a la hora de abordar las conductas que se tipifican. Desde este punto de vista, el Protocolo supone un paso adelante con respecto a la Convención, que no reparaba en la especial vulnerabilidad de las niñas frente a los abusos sexuales. Sin embargo, esta

más o menos cada 5 años deben presentarse a los 9 Comités 1511 informes y los Comités no disponen de presupuesto para reunirse todo lo que haría falta para examinar tan ingente cantidad de informes. Afirma Cardona Llorens que se ha ido configurando un “sistema” que agrupa a los 9 Comités e intenta coordinarlos, a lo que ha ayudado las siguientes circunstancias: a) todos han sido creados por el mismo procedimiento, b) la secretaría de todos ellos está proporcionada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y c) todos tienen que hacer frente a problemas comunes por lo que es necesario evitar la fragmentación excesiva de su doctrina. *Vid.* CARDONA LLORENS, op. cit., p. 57 y ss.

¹⁴¹ Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000. A fecha 22/04/2019, el Protocolo ha sido ratificado por 176 Estados. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2171. Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE número 27 (31/01/2002). Conforme al artículo 2 del Protocolo se entiende por venta de niños: “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. La prostitución infantil consiste en “la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Finalmente, la pornografía infantil es “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

¹⁴² Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, cit. supra, Preámbulo, párrafo 5.

¹⁴³ *Ibidem*, Preámbulo, párrafo 7.

percepción ya no es tan clara cuando comprobamos que su articulado no recoge medidas concretas que sirvan para profundizar y hacer frente a las causas que propician la mayor vulnerabilidad y exposición de las niñas a la explotación sexual.

El compromiso general que asumen los Estados Partes del Protocolo es la prohibición y criminalización en su legislación penal de las conductas tipificadas en el artículo 3.1 del texto, como mínimo, tanto si se cometen dentro como fuera de sus fronteras, o si se perpetran individual o colectivamente¹⁴⁴. El Protocolo establece, pues, un mínimo de conductas que los Estados deben castigar -las que se consideran en teoría más graves-, y deja a criterio de los Estados la ampliación de la lista de estas conductas a otros hechos punibles. Por tanto, no todas las conductas que atentan contra la integridad de los menores y que revisten igual gravedad que las que el texto recoge son objeto de protección a luz del Protocolo. Entre estos supuestos podemos incluir diversas manifestaciones de violencia contra la mujer que afectan particularmente a las niñas como, por ejemplo, los embarazos forzados o los matrimonios forzados. Por ello, el estándar mínimo que establece el tratado, en la práctica supone una restricción de la protección internacional de la integridad de las niñas pues excluye otras conductas igualmente graves y punibles.

En relación con la pena, el Protocolo no contempla de forma expresa que las conductas que criminaliza lleven aparejada una sanción penal. Así, conforme al apartado 3 del artículo 3, los Estados están obligados a castigar los actos y actividades que tipifica el texto “con penas adecuadas a su gravedad”, dejando a criterio de estos la valoración de la gravedad y la determinación de lo que consideren “pena adecuada”, sin que exista un estándar mínimo internacional al respecto. Esto contribuye a una peligrosa disparidad normativa, pues lo que un país considere un delito grave, otro únicamente puede ver una leve falta. A nuestro juicio, el Protocolo debería haber establecido, al igual que con los tipos penales, la obligatoriedad de sanciones penales mínimas como

¹⁴⁴ *Ibidem* artículo 3.1: 1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2: i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de: a. Explotación sexual del niño; b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño; c. Trabajo forzoso del niño; ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción; b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2; c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2”.

medida efectiva de protección de los niños y de las niñas frente a estas conductas, perdiendo la oportunidad de establecer un estándar mínimo en esta materia.

Otras obligaciones que los Estados adquieren en función de este Protocolo son: la adopción de las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción por los delitos mínimos establecidos en el artículo 3.1, la inclusión de estos delitos entre los que dan lugar a extradición y la asistencia internacional en esta materia¹⁴⁵.

La protección de las víctimas y la prevención de las conductas punibles son también aspectos contemplados en el tratado, pero sin que se adopte un enfoque de género en su regulación. En materia de prevención, los Estados deben prestar particular atención a la protección de los niños que sean especialmente vulnerables a las prácticas que se criminalizan. Siendo las niñas uno de los grupos más vulnerables a la violencia sexual, pornografía, y demás actos punibles, resulta un poco sorprendente que el Protocolo no lo tenga en cuenta a la hora de prevenir estos delitos ni tampoco a la hora de adoptar medidas específicas dirigidas a su protección¹⁴⁶.

Por otro lado, el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados¹⁴⁷, tiene por objeto garantizar que los menores de 18 años no van a participar directamente en las hostilidades. Con este fin, los Estados deben: a) asegurar que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participa directamente en las hostilidades; b) velar por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años; c) adoptar todas las medidas posibles para impedir que los grupos armados, distintos de las fuerzas armadas del Estado, recluten o utilicen en las hostilidades a menores de 18 años¹⁴⁸. En cuanto al reclutamiento voluntario, los Estados se comprometen a elevar la edad mínima de éste por encima de la fijada en el

¹⁴⁵ *Ibidem*, artículos 4 a 6.

¹⁴⁶ *Ibidem*, artículos 8, 9 y 10. Los Estados deben adoptar medidas en el ámbito procesal penal para proteger los derechos e intereses de los niños víctimas de estos delitos, y adoptar medidas de asistencia y cooperación internacional para la prevención, detección, investigación, enjuiciamiento y castigo de los responsables. En el ámbito de la prevención deben aplicar políticas y programas sociales, prestando particular atención a la protección de los niños que sean especialmente vulnerables a esas prácticas, así como medidas de sensibilización del público en general mediante la información y la educación.

¹⁴⁷ Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2173. A fecha 22/04/2019 el número de Estados Partes es de 168. Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE número 92 (17/04/2002).

En el Preámbulo del Protocolo, los Estados Partes condenan el hecho de que en las situaciones de conflicto armado los niños se conviertan en un blanco (párrafo 4), reconociendo las necesidades de los niños especialmente expuestos al reclutamiento o utilización en hostilidades, debido a su situación económica o social o de su sexo (párrafo 15).

¹⁴⁸ Protocolo Facultativo relativo a la participación..., cit. supra, artículos 1, 2 y 4.

artículo 38.3 de la Convención de los derechos del niño –15 años-¹⁴⁹, para lo cual los Estados deben depositar en el momento de la ratificación del Protocolo una declaración vinculante donde se establezca la edad mínima por encima de los 15 años.¹⁵⁰

El Protocolo, pese a representar un avance con respecto a la Convención de los Derechos del Niño en cuanto que prohíbe taxativamente su participación directa en los conflictos armados, adolece absolutamente de un enfoque de género que tenga en cuenta, por ejemplo, la situación de muchas niñas que son forzadas y reclutadas por grupos armados con fines de explotación sexual.

En definitiva, si bien es cierto que la Convención y sus Protocolos Facultativos han supuesto un reforzamiento de la protección de los derechos de la infancia, no es menos cierto que estos instrumentos convencionales han pasado por alto las necesidades específicas de las niñas frente a muchas manifestaciones de violencia basadas en su sexo que les afectan de manera particular. El problema de las reservas al tratado y las limitaciones de los mecanismos de control limitan considerablemente la eficacia de la Convención y sus Protocolos en relación con la protección de la integridad de las niñas.

1.2.1- La labor de su Comité.

El mismo valor otorgado a las decisiones de otros Comités surgidos de los tratados podemos atribuírselo a las del Comité de los Derechos del Niño, cuya labor ha sido de vital importancia para la interpretación y aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Sus Observaciones Generales¹⁵¹, además, han servido para suplir las lagunas y deficiencias del tratado, lo que se refleja particularmente en el tema de la violencia contra las niñas, ausente en la Convención¹⁵².

¹⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, cit. supra, artículo 38. 3: “Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.”

¹⁵⁰ Protocolo facultativo relativo a la participación..., cit. supra, artículo 3.

¹⁵¹ Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Disponibles en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/> (última consulta 12/04/2019).

¹⁵² La Observación General número 8 sobre la protección del niño contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, adoptada en 2006, orienta a los Estados sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención que protegen a los niños contra los castigos como formas de violencia ampliamente aceptadas y practicadas. Esta Observación, sin embargo, no recoge medidas específicas dirigidas a las niñas, sino la protección del niño frente a estos castigos de forma genérica, sin distinción de sexo. Vid. Observación General Número 8 (2006), Comité de los Derechos Niño “El

El Comité, en dos de sus Observaciones Generales –la número 13 y la número 18-, ha abordado específicamente la protección de la integridad de las niñas frente a los actos de violencia basados en su género. Así, la Observación General número 13 contempla algunos aspectos sobre formas de violencia que sufren especialmente las niñas¹⁵³. En este sentido, el Comité afirma que la eliminación discriminatoria de las niñas antes de nacer ocasiona un desequilibrio demográfico que puede acarrear un aumento de la violencia contra ellas, en particular, el secuestro, el matrimonio precoz y forzado, la trata con fines de explotación sexual y la violencia sexual. En el hogar, las niñas pueden sufrir más violencia sexual que los niños debido al componente de género que está presente en este tipo de violencia. Del mismo modo, las niñas están afectadas por prácticas perjudiciales, como la esterilización forzada -una forma de violencia física que puede afectar de forma particular a las niñas con discapacidad-, la mutilación genital femenina, la alimentación forzada y las pruebas de virginidad¹⁵⁴. En opinión del Comité, los Estados deben incorporar en sus políticas nacionales medidas para luchar contra la violencia dirigida a los niños que incluyan la dimensión de género y la situación de vulnerabilidad potencial en la que se encuentran las niñas¹⁵⁵.

La Observación General número 18, dedicada a las prácticas tradicionales nocivas, fue aprobada de forma conjunta con el Comité CEDAW, poniendo de manifiesto la estrecha vinculación entre los derechos de las mujeres y los derechos de las niñas ante este tipo de abusos y la necesaria colaboración de ambos Comités para hacerles frente¹⁵⁶. Este documento no es el primer intento que saca a la luz la estrecha relación de la labor de los Comités en esta materia. Recordemos que el Comité CEDAW amplió en su Recomendación General número 28 el concepto de discriminación contra la mujer e incluyó en éste a las niñas, por estar comprendidas en la comunidad más amplia de las mujeres y ser más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, la trata de personas, el maltrato, la explotación y la violencia,

derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes”. CRC/C/GC/8 (2006).

¹⁵³ Vid. CRC/C/GC/13, 18 abril de 2011, Observación general Número 13 (2011), Comité de los Derechos Niño, “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, párrafos 2 y 11. El documento aclara el alcance del artículo 19 de la Convención sobre los abusos y malos tratos a los niños.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párrafos 16, 19, 23 y 29.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 72, b) y g).

¹⁵⁶ Observación/Recomendación conjunta elaborada por el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: Recomendación General número 31 del Comité CEDAW y Observación General número 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 (2014), párrafo 15.

situaciones de discriminación que se agravan cuando las víctimas son adolescentes¹⁵⁷. Con la Observación-Recomendación conjunta sobre prácticas nocivas, Naciones Unidas ha querido dar una respuesta única y coordinada frente a las costumbres y prácticas dañinas que atentan contra la integridad de las mujeres y las niñas y que están profundamente arraigadas en las actitudes sociales y estereotipos que consideran tanto a las mujeres como a las niñas inferiores al varón. El marco de referencia para su erradicación es la Convención CEDAW y la Convención de los Derechos del Niño, fundamentos jurídicos suficientes, en opinión de ambos Comités. El enfoque común refuerza la protección internacional de los derechos de las niñas ante este tipo de prácticas, y desvelan la complementariedad de las Convenciones en esta materia. En este mismo sentido se ha pronunciado UNICEF que defiende el cumplimiento de la Convención CEDAW como parte integrante del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵⁸.

Las prácticas tradicionales nocivas son definidas por los Comités como formas de conducta que se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otros, que a menudo conllevan violencia y causan sufrimientos o daños físicos o psíquicos¹⁵⁹. Estas prácticas, dicen los Comités, suelen ir asociadas a graves formas de violencia o son en sí mismas una forma de violencia contra las mujeres y los niños¹⁶⁰. Por consiguiente, los Estados tienen que cumplir con las obligaciones derivadas de ambos tratados y ejercer la debida diligencia para prevenir su comisión por parte de agentes privados. Para ello es preciso que lleven a cabo una estrategia holística adoptando medidas relacionadas con la recopilación de datos, la legislación, prevención y atención a las víctimas¹⁶¹.

El documento analiza las prácticas más prevalentes y mejor documentadas, en concreto: la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil o forzoso, la poligamia, los delitos cometidos por motivos de “honor” y la violencia por causa de la dote. Además de estas prácticas, existen otras igualmente nocivas que también se dan en la actualidad, menos documentadas y relacionadas con los papeles que la sociedad asigna a cada género y con el sistema de relaciones de poder del patriarcado. Entre ellas, los Comités incluyen: el abandono de las niñas -vinculado al trato y la atención preferente

¹⁵⁷ Recomendación General número 28, cit. supra, párrafo 21.

¹⁵⁸ Vid. web oficial UNICEF: https://www.unicef.org/spanish/gender/3984_action.html (última consulta 12/04/2019).

¹⁵⁹ Observación/Recomendación conjunta sobre prácticas nocivas, cit. supra, párrafo 15.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párrafos 1 a 14.

¹⁶¹ *Ibidem*, párrafos 33 y ss.

que se presta a los niños varones-; las restricciones dietéticas extremas, incluso durante el embarazo -alimentación forzada, tabúes alimentarios-; los exámenes de virginidad y prácticas conexas; ataduras, arañazos, marcas con objetos candentes y provocación de marcas tribales; castigo corporal; lapidación; ritos iniciáticos violentos; prácticas relativas a la viudedad; acusaciones de brujería; infanticidio e incesto. También son prácticas nocivas las modificaciones corporales que se practican en aras de la belleza -engorde, aislamiento, el uso de discos en los labios, el alargamiento de cuello con anillos, planchado de los senos, o los trastornos alimentarios y de salud para cumplir con los estándares estéticos prevalentes-¹⁶².

Pese a la importancia que ya hemos señalado de este documento, debemos recordar de nuevo que este instrumento carece de fuerza jurídica vinculante para los Estados y que tiene un valor meramente recomendatorio, lo que limita considerablemente la efectividad de la protección que ofrece a las mujeres y a las niñas.

1.2.2. - La implementación de la Convención y sus Protocolos Facultativos en España.

El Comité de Derechos del Niño ha examinado el grado de cumplimiento por parte de España de la Convención y sus Protocolos Facultativos. En sus Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sextos combinados de España¹⁶³, el Comité destaca los progresos legislativos alcanzados por nuestro país derivados de la aprobación de la L.O. 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶⁴, y la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio en casos excepcionales de los 14 a los 16 años, aunque sigue recomendando que se eliminen las excepciones y la edad mínima permanezca en 18 años.

El Comité señala algunas cuestiones que, a su juicio, resultan preocupantes, y otras que requieren la adopción por parte de España de medidas urgentes. Entre estas últimas apunta las siguientes: la asignación de recursos, la discriminación, los niños

¹⁶² *Ibidem*, párrafo 9.

¹⁶³ Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018.

¹⁶⁴ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, (BOE núm. 175, 23 julio 2015), Ley 26/2015, 28 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, (BOE núm. 180, 29 julio 2015).

privados de un entorno familiar, el nivel de vida, la educación, los niños solicitantes de asilo y refugiados y los niños extranjeros no acompañados¹⁶⁵. Así, las inversiones en la infancia no han alcanzado un nivel suficiente para compensar el impacto negativo de la crisis económica y social, lo que ha provocado el aumento de la pobreza y la desigualdad social, en particular de los niños marginados, niños de familias de bajos ingresos y los niños romaníes. La discriminación de hecho persiste y afecta a los niños por motivos de discapacidad, origen nacional y condición socioeconómica; en particular, persiste la discriminación racial y la estigmatización de los niños romaníes y de origen migrante. El número de niños atendidos en centros de acogida es muy elevado, y estos centros presentan deficiencias en instalaciones y hacinamiento, así como casos de malos tratos y trato degradante de los niños atendidos. Los indicadores nacionales de exclusión social, pobreza y desigualdad han aumentado de manera preocupante y la inversión en medidas de protección social relacionadas con los niños es muy inferior a la media europea. El derecho a la educación se aplica de manera desigual en el Estado español y existe una elevada proporción de niños y niñas que abandonan prematuramente la educación y la formación, como demuestra el hecho de que casi una quinta parte del total de los alumnos de educación secundaria, particularmente los niños inmigrantes, las niñas romaníes y los niños en situación de pobreza, no llegan a obtener el diploma de la enseñanza obligatoria.

Al Comité le preocupa seriamente: a) que no exista un decreto actualizado de aplicación de la Ley de Asilo y que no se reconozca a los niños como solicitantes de protección internacional por derecho propio; b) las condiciones deficientes de recepción y alojamiento y el descuido y hacinamiento en los centros de estancia temporal de extranjeros, la denegación de libertad de circulación y las demoras en la transferencia a la península de los niños solicitantes de asilo y sus familias desde Ceuta y Melilla; c) la falta de mecanismos de denuncia a disposición de los niños en los centros de protección; y d) la separación de los niños que viajan con familiares que no son sus padres en la frontera, en particular en Melilla. En relación con los niños extranjeros no acompañados al Comité le preocupa el hecho de que con arreglo a la legislación española el Fiscal General pueda emprender procedimientos para la determinación de la edad de estos niños. Del mismo modo, le preocupa que estos menores no acompañados queden excluidos del sistema de protección de la infancia; los deficientes y desiguales

¹⁶⁵ Observaciones finales sobre los informes periódicos, cit. supra, párrafos 9, 15, 28, 38, 40, 43, 45.

niveles de protección en las diferentes Comunidades Autónomas; los elevados niveles de violencia; las denuncias de prostitución de niñas; la falta de un mecanismo de denuncia; la práctica de la devolución automática de los niños que buscan protección internacional en Ceuta y Melilla; y la situación de aproximadamente 100 niños extranjeros no acompañados que se encuentran en la calle en la zona portuaria de Melilla.

Para hacer frente a todos estos problemas, el Comité recomienda a España que formule una política integral y una estrategia armonizada para la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y el fortalecimiento de la coordinación entre la Administración central y las Comunidades Autónomas. En particular sobre la violencia contra los niños, el Comité recomienda a España que continúe su esfuerzo de crear una conciencia sobre la ilegalidad de los castigos corporales que persisten en el hogar, y lamenta la falta de progresos en la aprobación de una ley general sobre la violencia contra los niños¹⁶⁶.

Al igual que apuntábamos en el caso del examen del Comité CEDAW, en materia de protección de la infancia España aún tiene bastantes retos pendientes. Entre ellos, destacamos la aprobación de una ley integral contra la violencia que debería adoptar un enfoque de género y recoger un tratamiento y regulación integral de todas las formas de violencia que sufren las niñas por su condición de menores y de niñas.

2.- LAS CONFERENCIAS MUNDIALES SOBRE LA MUJER: LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE POLÍTICA.

No sólo los tratados sectoriales han contribuido a la protección de la integridad física y moral de las mujeres, otros instrumentos internacionales del sistema universal de derechos humanos han influido decisivamente en esta tarea. Los documentos surgidos de las Conferencias Mundiales sobre la Mujer son un ejemplo representativo de lo que acabamos de decir¹⁶⁷. Así, los Planes, Programas de Acción y Estrategias surgidos de estas Conferencias plasmaron los compromisos políticos asumidos por los Estados y la comunidad internacional respecto de los derechos de las mujeres y su

¹⁶⁶ *Ibidem*, párrafos 5, 7, 21 y 22.

¹⁶⁷ Todos los documentos sobre la Conferencias Mundiales de la Mujer disponibles en <http://www.un.org/womenwatch> (última consulta 12/04/2019).

protección internacional, y pusieron el foco de atención en diversas manifestaciones de violencia contra la mujer. Si bien este tema fue tratado en las primeras Conferencias de una manera tangencial y fragmentada, más adelante será abordado de una forma más central y global, de modo que la violencia contra la mujer pasó de percibirse como una “cuestión de mujeres” a un asunto que implicaba a toda la sociedad y del que el Estado era responsable. Para algunos autores la labor llevada a cabo por las organizaciones de mujeres antes y durante la celebración de las Conferencias Mundiales fue crucial para incluir en la agenda política los actos de violencia contra la mujer e iniciar de esta manera su conceptualización internacional¹⁶⁸.

La Primera Conferencia Mundial de la Mujer que se celebró en México en 1975 estuvo dedicada a la igualdad, el desarrollo y la paz, los tres grandes asuntos señalados por la Asamblea General de Naciones Unidas cuando proclamó el año 1975 “Año Internacional de la Mujer”¹⁶⁹. Los documentos surgidos de la Conferencia, el Plan Mundial de Acción para la Implementación de los Objetivos del Año Internacional de la Mujer y la Declaración de México, recogían algunas referencias aisladas que incidían en la protección de la integridad de la mujer¹⁷⁰. Así, conforme al párrafo 11 de la Declaración de México, el cuerpo humano se reconocía inviolable y su respeto un elemento fundamental de la dignidad humana y de la libertad. El párrafo 27 afirmaba que todas las formas de represión y tratamiento inhumano debían ser consideradas delitos contra la humanidad y una violación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Y, el párrafo 28 aludía a la unidad de las mujeres de todo el mundo para eliminar las violaciones de los derechos humanos cometidas contra éstas y las niñas, citando expresamente la violación, la prostitución, la violencia física, la crueldad mental, el matrimonio infantil, el matrimonio forzado y el matrimonio considerado como una transacción comercial.

¹⁶⁸ Para Merino Sancho, la creación de un marco conceptual sobre violencia contra las mujeres es un proceso que comienza con las Conferencias Mundiales sobre la Mujer. MERINO SANCHO, V.: “Mecanismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres”, en *Colección “La Llave”* nº 7, dirigida por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Fundación Æquitas, junio 2012, p. 58.

¹⁶⁹ A/RES/3010 (XXVII) 18 diciembre 1972, Año Internacional de la Mujer. La idea de la celebración de un Año Internacional de la Mujer surgió de la Women’s International Democratic Federation, organización no gubernamental con estatuto de observador en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p.73.

¹⁷⁰ UN.Doc. E/CONF.66/34, 1976, Plan Mundial de Acción para la Implementación de los Objetivos del Año Internacional de la Mujer y Declaración de México sobre la igualdad de la mujer y su contribución al desarrollo y la paz, párrafo 198.

El Plan de Acción, por su parte, recogía en el párrafo 159, la adopción de medidas legislativas específicas para luchar contra la prostitución y tráfico de mujeres, especialmente de niñas, con fines de explotación sexual¹⁷¹. En la misma línea, la Resolución número 7 sobre la prevención de la explotación de mujeres y niñas, aprobada en el seno de la Conferencia consideraba la prostitución como una de las grandes ofensas de la dignidad de las mujeres, e instaba a los gobiernos a tomar medidas para poner fin tanto a la prostitución forzada como al tráfico de mujeres. Para algunos autores el Plan de Acción de la Primera Conferencia es el primer documento del mundo centrado específicamente en los problemas y preocupaciones de las mujeres. Otros, más críticos, lo consideran una “lista de la compra” de cuestiones relacionadas con las mujeres sin ninguna referencia a posibles causas que expliquen sus problemas. En esta línea crítica, Rodríguez Manzano destaca como nota característica la ausencia del tema de la violencia contra las mujeres dentro del documento¹⁷².

Así pues, la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer aún no consideraba la violencia contra la mujer como un problema social y un problema de la comunidad internacional, lo que puede explicar la escasa, por no decir nula, regulación de este tema en los textos surgidos de la misma. Aun así, la Conferencia tuvo en cuenta algunas manifestaciones de violencia contra la mujer que centraban la atención del momento, como la explotación sexual, la prostitución y el tráfico de mujeres, pero en referencias aisladas e implícitas en algunos de sus párrafos.

La Conferencia de Copenhague de 1980 vino marcada por el ambiente eufórico que se vivió tras la aprobación de la Convención CEDAW¹⁷³. El Programa de Acción

¹⁷¹ Plan Mundial de Acción... cit. supra, párrafo 182. Este Plan incorporaba un importante llamamiento para declarar la década 1975-1985 como el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. La idea de la “década de las mujeres” conseguirá una repercusión internacional sin precedentes, al lograr mantener la atención y la acción, tanto nacional como internacional, en torno a los problemas de las mujeres durante todo ese período. El Decenio de Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, fue aprobado mediante Resolución de la Asamblea General, A/RES/3520 (XXX), 15 diciembre de 1975.

¹⁷² Vid. PIETILA, H, VICKERS, J.: “Making Women Matter: The Role of the United Nations”, Zed Books, London, 1994, pp.78 y 79; JAHAN, R.: “The International Women’s Year Conference and Tribune” en *International Development Review*, vol. 17, nº3, 1975, p.38; RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p. 83.

¹⁷³ A/CONF.94/35, Copenhague, 14 a 30 julio 1980. En la Segunda Conferencia Mundial de la mujer participaron 145 Estados y 23 organismos de Naciones Unidas. La Conferencia fue testigo de las tensiones políticas que se vivían en el momento -ocupación israelí y apartheid en Sudáfrica, principalmente- y de las diferentes interpretaciones que imperaban sobre el concepto de igualdad entre hombres y mujeres. Así, para los países industrializados la igualdad era un factor clave para la mejora de la situación de las mujeres, y para los países en vías de desarrollo, en cambio, la satisfacción de las necesidades básicas -el establecimiento del denominado Nuevo Orden Económico Internacional- era el requisito indispensable para alcanzar dicha igualdad. Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 142.

surgido de esta Segunda Conferencia Mundial contempló de forma explícita algunas manifestaciones de violencia contra la mujer, aunque -como señalan los autores- estas diversas formas de violencia no se inscribían aún en una categoría general ni se entendían como violaciones de los derechos humanos¹⁷⁴. Así, en el campo de la salud el Programa de Acción recogía como objetivos prioritarios el desarrollo de políticas y programas para la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y niños; la protección de las mujeres del daño físico y mental resultado de la violencia doméstica, acoso sexual, explotación sexual y cualquier otra forma de abuso; la prevención de la mutilación genital; la promoción de medidas de investigación de las causas de la violencia doméstica; la adopción de medidas encaminadas a eliminar la glorificación de ésta y la explotación sexual de las mujeres en los medios de comunicación, la literatura y la publicidad; y la provisión de medidas efectivas de ayuda y asistencia para mujeres y niñas víctimas de la violencia. En el área de la educación el Programa contemplaba la inclusión de la perspectiva de la no violencia en programas y metodologías educativas, así como, una especial atención a la educación contra la violencia, en particular en las relaciones entre hombres y mujeres¹⁷⁵.

Además de este documento, la Conferencia de Copenhague adoptó dos Resoluciones que incidían en la protección de la integridad de las mujeres: la Resolución 5 sobre mujeres maltratadas y violencia en la familia, y la Resolución 43 sobre explotación de la prostitución ajena y tráfico de personas¹⁷⁶. La Resolución 5 constituye el primer documento oficial de las Naciones Unidas que menciona explícitamente la violencia dentro del hogar. El documento considera este tipo de violencia como una ofensa a la dignidad humana y un grave problema, no sólo para la familia sino también para toda la sociedad. Reconoce, por otra parte, que las actitudes que minusvaloran a las mujeres llevan a la impunidad de las personas que cometen actos de violencia contra ellas. Por ello, entre otras medidas, la Resolución urge a los Estados al establecimiento de tribunales de familia y a la adopción de medidas para proteger a las víctimas de violencia doméstica, así como, a la aplicación de programas para prevenir dicha violencia y el establecimiento de centros para el asesoramiento y tratamiento de las víctimas. La Unión Soviética y Checoslovaquia manifestaron sus

¹⁷⁴ Vid. MERINO SANCHO, V.: “*Mecanismos internacionales ...* op.cit., p. 63.

¹⁷⁵ Programme of Action for the Second Half of the United Nations Decade for Women; párrafos 65, 41(f), 162, 163, 167 y 168.

¹⁷⁶ Resolution 5 “Battered women and violence in the family”; Resolution 43 “Exploitation of the prostitution of others and traffic persons”.

reservas a esta Resolución al considerar que ni el maltrato a mujeres ni la violencia familiar eran problemas en los países socialistas¹⁷⁷. La Resolución 43, por su parte, considera que las mujeres y los niños son a menudo víctimas de abuso físico y explotación sexual e insta a los gobiernos a que reconozcan su protección legal contra el secuestro, la violación y la prostitución.

Por tanto, podemos decir que la mención y el tratamiento de la violencia doméstica es sin duda la aportación más significativa de la Segunda Conferencia Mundial de la Mujer, ya que, hasta ese momento la violencia en el hogar no había sido objeto de una mínima regulación en ningún documento oficial de Naciones Unidas.

En Copenhague surgió la decisión de celebrar una Tercera Conferencia Mundial de la Mujer para el examen y evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer¹⁷⁸. Esta Tercera Conferencia se celebró en 1985 en Nairobi y por primera vez se habló de discriminación por género y no por sexo, y se aludió al género como el criterio que determina las relaciones entre hombres y mujeres. En línea con ello, comenzó a utilizarse la expresión “violencia de género” y “violencia contra las mujeres” y, aunque no se formuló aún una definición de estos conceptos, se les comenzó a dotar de cierto contenido, naturaleza y caracteres cercanos a su concepción actual.

El documento final aprobado en la Conferencia, titulado “Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el Adelanto de la Mujer”, denuncia la violencia contra las mujeres como un obstáculo para lograr la igualdad y la paz¹⁷⁹. Así, en el capítulo relativo a las medidas constitucionales y legales que deben adoptar los Estados, el

¹⁷⁷ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 149. Las actividades desarrolladas en el seno de la Segunda Conferencia fructificaron en la aprobación, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la primera Resolución específica sobre violencia en el hogar, la Resolución 40/36, de 1985, A/RES/40/36, 29 noviembre 1985, sobre violencia en el hogar.

¹⁷⁸ Vid. A/RES/37/60, 3 diciembre de 1982 y A/CONF/116/28/Rev.1. “Informe de la Conferencia Mundial para el examen y la evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz”, julio de 1985, “Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el Adelanto de la Mujer”. Al igual que en las anteriores Conferencias, las organizaciones no gubernamentales organizaron un Foro paralelo a la Conferencia en el que se celebraron reuniones plenarias sobre temas relacionados con la igualdad, el desarrollo y la paz. Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, pp. 154-158. Por primera vez el órgano preparatorio de la Conferencia fue la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y su secretaría la Subdivisión para el Adelanto de la Mujer, lo que revitalizó la actividad de ambos organismos. Durante la Conferencia de Nairobi, que contó con una alta participación de Estados miembros, se constató que los objetivos del Decenio no se habían alcanzado, y que las mejoras de la situación jurídica y social de las mujeres únicamente habían beneficiado a una minoría de mujeres de los países desarrollados, quedando al margen de estos avances la mayoría de las mujeres de los países en vías de desarrollo. Para paliar el escaso avance, se optó por la adopción de un nuevo enfoque sobre la igualdad de las mujeres, considerando ésta como una cuestión que afectaba a todas las esferas de la actividad humana.

¹⁷⁹ Vid. “Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el Adelanto de la Mujer” en A/CONF/116/28/Rev.1, cit. supra, pp. 2 a 102, párrafo 228.

párrafo 76 dispone que los países deben prestar especial atención a la situación de las mujeres que son víctimas de delitos de violencia, incluida la violación, y esforzarse por poner fin a la degradación de la mujer a través de los delitos de violencia sexual. El párrafo 231, incluido en el capítulo dedicado a los servicios sociales, hace referencia a los hombres como autores frecuentes de los maltratos a las mujeres. Además de medidas urgentes de protección para mujeres y niñas maltratadas y medidas represivas para los autores, el documento sugiere poner en marcha mecanismos de apoyo a largo plazo de ayuda y orientación para las víctimas *...as well as the people, often men, who maltreat them*. Esta referencia a los hombres como los autores frecuentes de los maltratos hacia las mujeres es relevante porque por primera vez un documento de esta naturaleza y alcance reconoce expresamente que los hombres son, la mayoría de las veces, los autores de los actos de violencia contra la mujer.

La sección dedicada a la paz es la que recoge la mayoría de las disposiciones sobre la violencia. En palabras de Rodríguez Manzano, las Estrategias *al adoptar el concepto de paz positiva asumen que la paz no puede alcanzarse sin la eliminación de la violencia a todos los niveles, incluida la violencia contra las mujeres*¹⁸⁰. Así, conforme al párrafo 245 una de las estrategias básicas que debe implementarse en el campo de la paz es la eliminación de la violencia doméstica y de la violencia contra las mujeres. El párrafo 257, por su parte, afirma que las cuestiones de las mujeres y la paz, y el significado de la paz para las mujeres, no pueden separarse de una cuestión más amplia como es la relación entre las mujeres y los hombres en todas las esferas de la vida y en la familia. Las prácticas discriminatorias y las actitudes negativas hacia las mujeres deben ser eliminadas y las normas de género tradicionales deben ser cambiadas para incrementar la participación de las mujeres en la paz. Las mujeres -dice el párrafo 258- son golpeadas, mutiladas, quemadas, explotadas sexualmente y violadas. Este tipo de violencia es un obstáculo importante para el logro de la paz, y demás objetivos del Decenio, y debe ser objeto de especial atención. Con este fin, las medidas legales que elaboren los Estados deben incluir tanto la prevención de la violencia como la asistencia a las mujeres víctimas de ella, y contemplar la violencia dentro de la familia y en la sociedad.

¹⁸⁰ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 168. La paz es definida en las Estrategias no sólo como la ausencia de guerra, violencia y hostilidades a nivel nacional e internacional, sino también como el disfrute de condiciones de justicia social y económica, de igualdad, así como de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Entre las Situaciones de Especial Interés que contemplan las Estrategias, se incluyen las de las mujeres maltratadas y las de las mujeres víctimas de trata y prostitución forzada. En relación con las mujeres maltratadas, el documento considera como acciones prioritarias la intensificación de los esfuerzos para asistir a las víctimas, así como, para incrementar la conciencia pública de que la violencia contra las mujeres es un problema social al que hay que hacer frente mediante medidas políticas y legislativas. Y, en relación con las mujeres víctimas de trata y prostitución involuntaria, las Estrategias aluden a la prostitución forzada como una forma de esclavitud impuesta a las mujeres por los proxenetas¹⁸¹.

En nuestra opinión, hay varios puntos que merecen ser destacados de la Tercera Conferencia Mundial de la Mujer. El primero, y más relevante para nosotros, es el reconocimiento de la violencia contra la mujer -tanto en la esfera pública como privada- como un problema social (un obstáculo para lograr la igualdad y la paz) del que son responsables los Estados y, en consecuencia, estos deben adoptar medidas para prevenirla, eliminarla y proteger a sus víctimas. El segundo punto que destacamos es la aparición por primera vez del concepto “género” como causa de la discriminación y de la violencia contra la mujer, aunque aún no se ofrezca una definición explícita de ambos conceptos. Y, el tercero, es la alusión al hombre -por primera vez en un documento de Naciones Unidas- como autor frecuente del maltrato hacia la mujer.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 supuso un punto de inflexión en el tratamiento de los derechos de las mujeres en general, y de la violencia contra ellas, en particular¹⁸². Una de las razones de lo que acabamos de apuntar se debe a la adopción del concepto “género” como marco conceptual y a la consecuente nueva perspectiva que esto trajo consigo sobre los derechos de las mujeres y la violencia contra la mujer. En Beijing se sitúa el “género” en el centro neurálgico, desplazando el foco de atención de “la mujer” al “género” e

¹⁸¹ *Vid.* “Estrategias de Nairobi...”, cit. supra, párrafo 288, 290. Según las Estrategias, a estas situaciones de especial interés se les debe hacer frente modificando las condiciones económicas y elevando el estatus de las mujeres en la sociedad, ya que estas circunstancias provocan la vulnerabilidad de las mujeres, especialmente la pobreza.

¹⁸² Otras Conferencias y Cumbres mundiales coetáneas a Beijing han tratado también la violencia contra las mujeres y niñas. Así, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1995, declaró que la eliminación de la violencia contra la mujer y el control por ella misma de su fecundidad eran las claves de los programas de población y desarrollo. *Vid.* UN.Doc. A/CONF.171/13/Rev.1, 1995, principio 4. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague en 1995, dedicaba en el Capítulo III y IV de su Programa de Acción, una especial atención a las mujeres y a la protección frente a la violencia. *Vid.* UN. Doc. A/CONF.166/9, 19 abril 1995.

incorporando el compromiso de incluir en todas las políticas y programas estatales una perspectiva de género. Este compromiso será asumido de forma inmediata por los principales órganos de Naciones Unidas y mecanismos de derechos humanos¹⁸³. La utilización del concepto “género” como marco de referencia genera un cambio de paradigma en el tratamiento de la violencia contra las mujeres hasta el punto de que comienza a calificarse a este tipo de violencia como violencia basada en el género. Así, conforme al párrafo 113 de la Plataforma de Acción de Beijing, la violencia contra la mujer se refiere a “todo acto de violencia *basado en el género* que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”. Pese a la importancia y al peso que se le dio al concepto de género, éste no se llegó a definir debido a las controversias y los desacuerdos surgidos en torno a su definición, no incluida en los textos de Naciones Unidas¹⁸⁴.

Los documentos aprobados por consenso en la Conferencia, la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción de Beijing¹⁸⁵, recogen la herencia de la Conferencia de Viena de Derechos Humanos y demás Conferencias Mundiales reafirmando que los derechos de las mujeres y las niñas son derechos humanos y, para hacerlos efectivos, los Estados deben comprometerse en la prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, así como, garantizar el respeto del Derecho Internacional. La Plataforma de Acción de Beijing incluye la violencia contra las

¹⁸³ Vid. CSW, E/1997/27, 21 marzo 1997, Resolution 41/6, marzo 1997, Mainstreaming gender perspective into all policies and programmes in the United Nations system; ECOSOC, E/1997/66, 12 junio 1997, Coordination of the policies and activities of the specialized agencies and other bodies of the United Nations system: mainstreaming the gender perspective into all policies and programmes in the United Nations system : report of the secretary-general.

¹⁸⁴ Durán afirma que la referencia al “género” causó grandes problemas durante la celebración de la Conferencia porque el término no se encontraba definido en ningún texto internacional, lo que fue aprovechado por numerosos sectores de la sociedad civil para hacer diferentes interpretaciones que en algunos casos resultaban forzadas. Coincidiendo con ella, Rodríguez Manzano apunta que no hubo una única interpretación del término pese a utilizarse de manera reiterada en los documentos de la Conferencia y recuerda la opinión de su presidenta de que el término se interpretase y comprendiese igual que en su uso ordinario y generalmente aceptado. Vid. DURÁN, op. cit., p. 8; RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 216.

¹⁸⁵ Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción de Beijing. UN. Doc.A/CONF.177/20/Rev. 1, 1 enero 1996, párrafos 5, 9, 11, 29 y 33. Durante el proceso preparatorio de la Conferencia se celebraron cinco conferencias regionales en las que se debatieron las prioridades para Asia y el Pacífico, América Latina, y el Caribe, América del Norte y Europa, Asia Occidental y África, que serían incorporadas posteriormente a la Conferencia. Vid. NU. Doc/E/CN.6/1995/5/Add. 1, 2, 3, 4 y 5. Beijing contó con una participación extraordinaria de personas y de organismos, desconocida hasta ese momento. También el foro de ONGs celebrado de forma simultánea a la Conferencia alcanzó récord de participación. Así, la Conferencia contó con la presencia de 6.000 delegados de 189 países y 4.000 representantes de ONGs, 5 Comisiones regionales del CES, 15 órganos y programas de las Naciones Unidas, 12 organismos especializados y 26 organizaciones internacionales. Por su parte, en el Foro de ONGs participaron cerca de 35.000 asistentes. Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 209 y ss.

mujeres como una “Esfera de Especial Preocupación” y como un Objetivo Estratégico de los doce que contempla el documento, reforzando lo dispuesto en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y en la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW y reiterando los mismos principios y fundamentos expresados en estas normas sobre el origen y las características de la violencia contra la mujer¹⁸⁶. Para su eliminación, la Plataforma adopta tres objetivos estratégicos: 1) la adopción de medidas integradas, 2) el estudio de las causas y consecuencias de la violencia contra la mujer y de medidas eficaces para su prevención, y 3) la eliminación de la trata de mujeres y la asistencia a las víctimas. Estos objetivos se deben alcanzar poniendo en marcha una serie de medidas dirigidas no sólo los gobiernos y a todo el sector público, sino también a los agentes privados, incluidas las empresas¹⁸⁷.

Por lo que respecta a las formas de violencia, Beijing introduce la violencia contra las mujeres en situaciones de conflicto armado -en particular, los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados-, que no aparece mencionada en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; además de otros actos violentos que afectan a la sexualidad y los derechos reproductivos de las mujeres -la esterilización forzada y el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo-¹⁸⁸. Para hacer frente a la violencia, además de su condena y de la prohibición de invocación de ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa que la justifique, los Estados deben adoptar medidas de tipo legislativo, judicial, institucional y presupuestario¹⁸⁹.

Además de reforzar los instrumentos internacionales aprobados hasta la fecha, la Conferencia de Beijing también ha dejado otras aportaciones importantes, entre las que podemos citar, la apuesta por el enfoque integral y multidisciplinar para hacer frente a la

¹⁸⁶ Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, cit. supra, párrafo 44.

¹⁸⁷ *Ibidem*, párrafos 124 a 130.

¹⁸⁸ *Ibidem*, párrafos 114 a 116. El texto señala ciertos grupos de mujeres que son especialmente vulnerables a la violencia, tales como, las pertenecientes a grupos minoritarios, las indígenas, las emigrantes, las mujeres pobres que viven en comunidades rurales, las indigentes, las recluidas en instituciones o cárceles, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres de edad, las desplazadas, las repatriadas, las pobres y las mujeres en situaciones de conflicto armado, ocupación extranjera, guerras de agresión, guerras civiles y terrorismo.

¹⁸⁹ El Objetivo Estratégico denominado “Los derechos humanos de la mujer” recoge también el problema de la violencia contra la mujer, insistiendo en la necesidad de prohibir y eliminar todo aspecto nocivo de ciertas prácticas tradicionales, habituales o modernas que violan los derechos de la mujer, así como en la necesidad de que los gobiernos adopten medidas para combatir y eliminar todas las formas de violencia contra la mujer en la vida privada y pública, ya sean perpetradas o toleradas por el Estado o por personas privadas. *Ibidem*, párrafo 224.

violencia contra la mujer; la denuncia de la falta de datos desglosados por sexo sobre las manifestaciones de dicha violencia; la necesidad de capacitación de los funcionarios que abordan este problema; y la eliminación de la trata de mujeres y niñas como problemas internacionales que requieren una atención urgente¹⁹⁰.

Uno de los aspectos que ha tenido más repercusión ha sido el sistema de control y seguimiento por parte de los principales órganos de Naciones Unidas de los compromisos adquiridos en la Cuarta Conferencia. Al contrario de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que no establece ningún mecanismo de control de su cumplimiento, la Plataforma de Beijing dispone de un seguimiento ordinario y otro extraordinario. Así, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó que se evaluara periódicamente los progresos realizados como consecuencia de la aplicación de la Plataforma de Acción, mediante la inclusión, a partir de 1996, en el programa de sus períodos ordinarios de sesiones, el tema titulado "Aplicación de los resultados de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer". El seguimiento de la Plataforma de Acción se extendió también a otros órganos principales de Naciones Unidas: el Consejo Económico y Social, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, y el Secretario General¹⁹¹. Junto al seguimiento anual ordinario, cada cinco años se evalúa el progreso alcanzado en la aplicación de los documentos surgidos en las Conferencias Mundiales de la Mujer y se elaboran nuevos documentos políticos y programas que responden a los asuntos que en cada momento se consideran prioritarios. Así, en el año 2000 la Asamblea General convocó un período extraordinario de sesiones para examinar en reunión plenaria de alto nivel el progreso alcanzado en la aplicación de las Estrategias de Nairobi y la Plataforma de Acción de Beijing. Este proceso dio lugar al denominado Beijing+5¹⁹². Los posteriores exámenes quinquenales,

¹⁹⁰ *Ibidem*, párrafos 119 a 123.

¹⁹¹ A/RES 50/203, 23 de febrero de 1996, Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de acción de Beijing, párrafos 21, 22, 30, 35. Desde 1996 en adelante la Asamblea ha ido aprobando todos los años una Resolución sobre el Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de acción de Beijing. *Vid.* A/RES 50/42, A/RES 50/203, A/RES 51/69, A/RES 52/100, A/RES 53/120, A/RES 54/141, A/RES 55/71, A/RES 56/132, A/RES 57/182, A/RES 58/148, A/RES 59/168, A/RES 60/140, A/RES/61/145, A/RES/62/137, A/RES/63/159, A/RES/64/141, A/RES/65/191, A/RES/66/132, A/RES/67/148, A/RES/68/140.

¹⁹² *Vid.* A/RES 52/100, A/RES 53/120, Resoluciones de la Asamblea General en las que se decide convocar un período extraordinario de sesiones a celebrar de 5 a 9 de junio de 2000; A/RES/S-23, 16 de noviembre de 2000, La mujer en el año 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI. Fruto de Beijing+5 fue la aprobación de una Declaración Política y la Resolución titulada "Nuevas Medidas e Iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing".

denominados Beijing+10, Beijing+15 y Beijing+20, se fraguaron durante los diferentes periodos de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer¹⁹³.

La actual Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, a propósito del debate sobre la idoneidad del marco jurídico internacional sobre la violencia contra la mujer, ha recomendado a los gobiernos y a la sociedad civil iniciar el proceso de preparación de una Quinta Conferencia Mundial sobre la Mujer centrada en la violencia contra la mujer “como una oportunidad valiosa para consolidar el reconocimiento del alcance y gravedad del problema, asumir un compromiso universal para abordar esa violencia, imponer obligaciones a los Estados, elaborar un mapa de ruta mundial y formular planes de acción para prevenir y combatir ese tipo de violencia”¹⁹⁴.

Podemos decir, pues, que la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer ha sido, sin duda, la más influyente de las Conferencias Mundiales, entre otros motivos, por la concepción de la violencia contra la mujer fundamentada en el género, que ha configurado un cambio de paradigma en la materia, así como, por los mecanismos de control de su seguimiento. El concepto de género, dada su indefinición -ningún instrumento jurídico universal lo define-, ha generado cierta confusión en el tratamiento de la violencia contra la mujer y ha propiciado el concepto de neutralidad en cuanto al género, que concibe la violencia como un fenómeno al que están expuestos tanto los hombres como las mujeres, lo que choca con las normas y estándares internacionales que regulan la materia y que la conciben como un tipo de violencia específica dirigida contra las mujeres. Además de lo apuntado, la última Conferencia Mundial sobre la Mujer aporta otros elementos innovadores que han sido decisivos para la elaboración de normas jurídicas posteriores, tales como el enfoque integral y multidisciplinar de la violencia contra la mujer y el estudio de sus causas y consecuencias como objetivos estratégicos para su eliminación.

¹⁹³ Vid. E/CN.6/2010/11, Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Examen de 15 años de la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Informe sobre el 54º período de sesiones (13 de marzo y 14 de octubre de 2009 y 1 a 12 de marzo de 2010). Vid. E/CN.6/2015/10. Examen de 20 años de la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Informe sobre el 59º período de sesiones (21 de marzo de 2014 y 9 a 20 de marzo de 2015). Durante estos exámenes se adoptaron nuevas declaraciones políticas y resoluciones sobre temas relacionados con los retos y estrategias para el adelanto y potenciación de la mujer y la niña, y sobre la eliminación de la mutilación genital femenina.

¹⁹⁴ A/72/134, 19 de julio de 2017, Idoneidad del marco jurídico internacional sobre la violencia contra la mujer, párrafo 100 y 96 b).

CAPÍTULO III.- LAS PIEDRAS ANGULARES DE LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA MUJER.

El reconocimiento de la violencia específica contra la mujer como una violación de sus derechos humanos, fruto de la discriminación y de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los hombres y las mujeres que coloca a estas en una situación de desventaja en el disfrute de sus derechos, marcó un hito en el tratamiento y regulación de esta materia en el Derecho Internacional Público. A partir de la década de los años 90 del siglo pasado, la violencia contra la mujer basada en su sexo o género se convierte en un problema social¹ y público, que conlleva responsabilidad para los Estados en orden a su prevención, erradicación, investigación, sanción y protección a sus víctimas.

La tardanza de este proceso llama la atención de la doctrina, que apunta a varias razones para explicar el por qué la comunidad internacional ha sido lenta en responder a la situación de desventaja de las mujeres en el mundo en general, y en reaccionar frente a la violencia, en particular. La razón de mayor peso que se señala es la exclusión de las voces de las mujeres de la esfera pública, a la que Charlesworth añade dos más: cierta resistencia a la crítica interna por parte de los interesados en la protección de los derechos humanos por temor a un retroceso en los avances difícilmente logrados, y el impacto tardío de las teorías feministas sobre el derecho². Ahondando en este último punto y siguiendo a Charlesworth, podemos identificar tres corrientes dentro de la crítica feminista del derecho³. La primera de ellas identificada con el llamado “feminismo liberal”, asimila la igualdad entre hombres y mujeres con la igualdad de trato y rechaza diferencias intrínsecas entre los sexos. Este punto de vista es característico de los grandes textos de derechos humanos que recogen derechos de las mujeres como, por ejemplo, la Convención sobre la nacionalidad de las mujeres casadas, los grandes Pactos, la Convención CEDAW y la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW sobre violencia contra la mujer. Este enfoque, sin embargo, puede resultar inadecuado para criticar y transformar un mundo estructurado

¹ Una de las concepciones más aceptadas de problema social es la que ofrecen Sullivan, Thompson, Wright, Gross y Spady. Estos autores consideran que existe un problema social “cuando un grupo de influencia es consciente de una condición social que afecta a sus valores y que puede ser remediada mediante una acción colectiva”. Esto es: a) debe existir una condición social considerada injusta por un grupo que tiene influencia social, impacto en el debate público; b) debe existir conciencia de que la condición injusta es efectivamente un problema; c) debe afectar negativamente los valores; y d) debe ser susceptible de ser remediado mediante la acción colectiva. SULLIVAN, T., THOMPSON, K., WRIGHT, R., *et al.*: *Social problems: Divergent perspectives*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1980, p. 10.

² *Vid.* CHARLESWORTH, *What are Women's...* op. cit., p. 63.

³ *Ibidem*, pp. 63 a 68.

sobre lineamientos de géneros⁴. La segunda corriente, representada por el denominado “feminismo cultural”, pretende realzar la exclusión de las experiencias de las mujeres en el desarrollo del Derecho oponiéndose a su neutralidad y objetividad y apostando por la formulación de derechos específicos para las mujeres. La desventaja de esta apuesta por los derechos específicos de las mujeres es su posible marginalización dentro del sistema de derechos humanos⁵. Y la tercera corriente, la de la desigualdad de carácter sexual, entiende la subordinación de la mujer como producto de la dominación de la mujer por el hombre. La exponente más representativa de esta teoría es Catharine Mackinnon⁶, para quien el principal fallo de las corrientes anteriores es que implícitamente aceptan un criterio de medición masculino: las mujeres son iguales o diferentes respecto a la norma masculina. Mackinnon apuesta por un análisis alternativo de la desigualdad cuyo eje central gire en torno a cuestionar si una política o práctica contribuye al mantenimiento de una posición de subordinación basada en el género. Y, en esta línea, defiende la expansión del Derecho para que incluya intereses jurídicos no reconocidos hasta el momento que afectan particularmente a las mujeres como, por ejemplo, el acoso sexual, con el fin de ampliar la protección contra todas las formas de subordinación basadas en el género. La dificultad de este enfoque se encuentra en su aplicación, ya que muchas relaciones de subordinación sancionadas por la ley están tan profundamente arraigadas que han llegado a naturalizarse⁷.

En nuestra opinión, los tres enfoques apuntados son útiles y deben utilizarse como herramientas para que el Derecho Internacional pueda ofrecer una protección efectiva de la integridad de las mujeres. Estamos de acuerdo con Charlesworth cuando afirma que los derechos humanos internacionales de las mujeres deben desarrollarse en varios frentes: apoyando y fortaleciendo los instrumentos e instituciones de la “primera generación” de derechos humanos; identificando y desarrollando, al mismo tiempo, los derechos que protegen los daños sufridos específicamente por las mujeres; y, lo que la autora considera más importante y fundamental, asegurando que las voces de las

⁴ LACEY, N.: “Legislation Against Sex Discrimination: Questions from a Feminist Perspective” en *Journal of Law and Society*, Vol. 14, núm. 4, 1987, pp. 411 a 421.

⁵ REANDA, L.: “The Commission on the Status of Women” en *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, ed. Phillip Alston, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 267.

⁶ MACKINNON, C.: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987, pp. 127-213. Véase también: MACKINNON, C.: *Hacia una teoría feminista del Estado*, (Feminismos), ed. Cátedra, Madrid, 1995.

⁷ SCALES, A.: “The Emergence of feminist Jurisprudence: an essay”, en *Yale Law Journal*, Vol. 95, Issue 7, 1986, pp. 1373 a 1381, p. 1393.

mujeres sean escuchadas para que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorpore la perspectiva de los que están socialmente sojuzgados⁸.

Particularmente sobre la violencia contra la mujer y en el proceso hacia su conceptualización internacional, no se puede pasar por alto el protagonismo de los movimientos de mujeres y su repercusión extraordinaria en la evolución del contenido de los instrumentos surgidos del seno de las Naciones Unidas⁹. Para Bosch y Ferrer el activismo feminista¹⁰ propició la inclusión de la violencia contra las mujeres en la agenda pública y en la actividad de diversos organismos internacionales, que se sumaron así al reconocimiento de esta violencia como asunto público y no como fenómeno privado. Este cambio es tan importante -explican las autoras- que implica no sólo la visibilización del problema sino también una nueva forma de abordar su explicación, ya que desde su consideración como problema social podemos entender que la violencia contra las mujeres tiene su origen último en unas relaciones sociales basadas en la desigualdad entre hombres y mujeres¹¹. Otras autoras atribuyen al movimiento feminista la creación de un marco estructural desde el que explicar el sentido y alcance de la violencia contra las mujeres. El feminismo radical elaboró el concepto de patriarcado, con el que se hizo explícita la existencia de un sistema de dominación basado en el sexo-género e independiente de otros sistemas de dominación; de esta forma, las feministas radicales ampliaron el concepto de lo político y lo extendieron a todo tipo de relaciones estructuradas por el poder, incluidas las que se dan

⁸ CHARLESWORTH, *What are Women's...* op. cit., p. 76.

⁹ Vid. DURÁN, op. cit. p. 33; HTUN M., WELDON S. L.: "The Civic Origins of Progressive Policy Change: Combating Violence against Women in Global Perspective, 1975-2005" en *American Political Science Review*, Vol. 106, Núm. 3, 2012, pp. 548-569, p. 564. Este estudio abarca los movimientos sociales y políticos sobre la violencia contra la mujer en 70 países durante cuatro décadas.

¹⁰ Las teóricas feministas de los años sesenta y setenta ya atribuyeron a causas sociales el recurso a la violencia e identificaron el papel que cumple la coacción. Entre las autoras más importantes destacamos a Shulamith Firestone y su "La dialéctica de la sexualidad" que analizaba cómo la opresión de las mujeres se recubre como amor y éste se convierte en el puntal sobre el que se construye la dialéctica de los sexos que justifica la violencia contra las mujeres. Vid. FIRESTONE, S.: *La dialéctica del sexo*, ed Kairós, Barcelona, 1973. Kate Millet con su obra "Política sexual", en la que afirma, entre otras cosas, que el sexo reviste un cariz político que suele pasar desapercibido. Para Millet la sociedad patriarcal ejercería un control insuficiente, e incluso ineficaz, de no contar con el apoyo de la fuerza que constituye un instrumento de intimidación constante. Vid. MILLET, K.: *Política sexual*, Colección Feminismos, Ed. Cátedra, 2017. Ambas autoras continúan indagando en el camino abierto en su día por la obra pionera de SIMONE DE BEAUVOIR "El segundo sexo". Otra obra pionera de los años setenta fue la de Susan BROWNMILLER sobre la violación. Para esta autora la violación forma parte de un sistema de control que afecta al comportamiento cotidiano de todas las mujeres. Como parte del proceso de intimidación masculina, la violación funciona como un mecanismo eficaz para retenerlas en el espacio que siempre les asignó el patriarcado: el espacio privado. Vid. BROWNMILLER, S.: *Against our will: Men, Women and Rape*, Harmondsworth, Penguin Books, 1976.

¹¹ BOSCH FIOL, E., FERRER PÉREZ, V.A.: "La violencia de género: de cuestión privada a problema social" en *Intervención Psicosocial*, Vol. 9, núm. 1, 2000, pp. 7-19.

entre varones y mujeres¹². Profundizando en esta idea, De Miguel afirma que el proceso de creación de “un sentido común alternativo” al sentido común patriarcal, caracterizado por la norma de la inferioridad y subordinación de las mujeres y la aceptación implícita de la violencia, está siendo sustituido en la actualidad por una nueva visión en la que la violencia patriarcal se hace visible e intolerable para la mayor parte de la sociedad. Este nuevo proceso, en su opinión, no habría sido posible sin la creación de un marco alternativo feminista de interpretación y sin la extraordinaria difusión de este¹³.

En nuestra opinión, gracias al análisis feminista, a su interpretación y explicación del sistema de dominio patriarcal, la violencia contra la mujer se ha hecho visible e intolerable para la sociedad y la comunidad internacional. Sus postulados, además, pueden servir para desenmascarar nuevas formas de discriminación sutiles que se producen en la denominada *cultura del simulacro*, así como para extender la protección que ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las mujeres frente a actos violentos que en la actualidad pueden pasar desapercibidos.

La contribución de los movimientos de mujeres tuvo su reflejo en el plano normativo en la aprobación por parte del Comité CEDAW de la Recomendación General número 19 sobre violencia contra la mujer y, poco tiempo después, en la aprobación de la Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer -la DEVAW-. A raíz de estas normas se ha erigido todo un *corpus* jurídico sobre la violencia contra la mujer que se ha caracterizado por el recurso a instrumentos jurídicos no vinculantes, lo que no impide, a juicio de algunos autores, valorar positivamente la labor de desarrollo normativo e institucional a favor de los derechos humanos de la mujer¹⁴. Estos instrumentos, pese a ser normas de *soft law*, a

¹² AMORÓS, C., DE MIGUEL, A.: *Teoría feminista*, Ed. Minerva, Madrid, 2005.

¹³ Entrecomillado de la autora. Vid. DE MIGUEL ÁLVAREZ, A.: “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005, pp. 231-248. En esta línea, véase también: POSADA KUBISSA, L.: “Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica” *Asparkia*, 19, 2008, pp. 57-71, y SHEFFIELD, C.J.: “Sexual Terrorism” en *Kourany et alia: Feminist Philosophies*, Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 1992, pp. 45-60. Posada señala la violencia de género como parte de un sistema de dominación, o, lo que ella califica con más exactitud, como “prácticas de dominio que todo sistema de dominación establece”. Y refuerza su argumento con los de la teórica feminista norteamericana Carole Sheffield que distingue la violencia sexual de cualquier otro comportamiento categorizado como violencia, porque se trata de una forma de agresión enraizada de tal manera en nuestra cultura que es percibida como el orden natural de las cosas, o simplemente no es percibida. Esta agresión, en palabras de Sheffield, es “poder sexualmente expresado” o “terrorismo sexual”.

¹⁴ Vid. SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...?*, op. cit., p. 174; ALSTON, P.: *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Edited by Philip Alston, New York, Oxford: Oxford University Press, 1992. Véase también A/HRC/26/38, cit. supra, párrafo 76.

falta de un texto convencional que regule la violencia contra la mujer y la niña en el ámbito universal, se han convertido en las piedras angulares de la protección internacional de la integridad física y moral de las mujeres.

Aunque carezcan de fuerza vinculante, las normas de *soft law* tienen un cierto valor jurídico y, sobre todo, un claro valor persuasivo. Estas normas reflejan el interés general de la comunidad internacional, permiten la participación de actores no estatales en su proceso de elaboración -por ejemplo, las organizaciones de mujeres- y son aprobadas con un alto consenso, lo que le otorga legitimidad para presionar políticamente a los Estados a cumplir las expectativas y compromisos que en ellas se aprueben. Del mismo modo, pueden producir efectos en el ámbito interno e internacional, pueden servir de inspiración a jueces y a Parlamentos y determinar la existencia de una costumbre o un principio general del Derecho Internacional. De esta manera, una norma de *soft law* puede convertirse en una norma de *hard law*¹⁵. Según la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW, esto mismo ha ocurrido con la prohibición de la violencia contra la mujer -plasmada en normas de *soft law*-, que ha pasado a convertirse en un principio de Derecho Internacional consuetudinario.

Si bien no podemos desdeñar estos aspectos positivos de las normas de *soft law*, tampoco podemos ignorar, como advierten los autores, que el recurso a este tipo de normas en algunos ámbitos del Derecho Internacional, en particular en la protección de los derechos humanos, puede dar lugar a la banalización de la materia y puede abrir la puerta al informalismo bajo el pretexto de la no vinculación. A este respecto, Charlesworth opina que, precisamente por el recurso a instrumentos jurídicos no vinculantes, el desarrollo del Derecho Internacional en materia de derechos humanos de las mujeres ha resultado insuficiente -aunque valioso- para abordar la subordinación de la mujer en el mundo¹⁶.

¹⁵ TORO HUERTA, M.I.: “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, 2006, pp. 513-549; SANZ, R. FOLLONI, A.: “El *soft law* como fuente del Derecho Internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad” en *Revista de Direito Internacional, Brazilian Journal of International Law*, Vol. 14, núm. 3, 2017, pp. 244-259; BALDASSARE PASTORE: “*Soft Law* y la teoría de las fuentes del Derecho” en *Soft Power*, Vol.1, número 1, enero-junio 2014, pp. 74-89.

¹⁶ CHARLESWORTH, *What are Women's ...* op. cit., p. 59.

1.- EL PRECEDENTE: LA CONFERENCIA DE VIENA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 fue el detonante para la toma de conciencia de la comunidad internacional sobre la magnitud del problema de la violencia contra la mujer en la esfera pública y privada, y para su inclusión en el debate y la agenda internacional¹⁷.

El reconocimiento mundial de los derechos de las mujeres como derechos humanos, que proclamaron los documentos surgidos de la Conferencia¹⁸, tuvo una influencia decisiva en la protección de los derechos de las mujeres y un reflejo innegable en todos los documentos jurídicos y políticos que se adoptaron con posterioridad sobre la materia. En opinión de O'Hare, en Viena comenzó una

¹⁷ El éxito de la Conferencia vino propiciado, en gran medida, por las reuniones regionales previas y la labor desarrollada por las ONGs, antes y durante la celebración de la Conferencia. Así, en África tuvo lugar la Reunión Regional para África que adoptó la Resolución titulada “Protección de los derechos de las mujeres” y que sirvió de precedente en el debate sobre la universalidad de los derechos humanos. En esta Resolución se exhorta a los gobiernos a proteger a las mujeres de toda forma de violencia y prácticas tradicionales de intolerancia y extremismo religioso, que afectan a sus derechos y libertades”, invitándolos a ratificar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Reunión Regional para América Latina y el Caribe abogó por la inclusión de las mujeres en la categoría de “grupos vulnerables”. En la Declaración de Bangkok, fruto de la Reunión Regional para Asia, los gobiernos reafirmaron su compromiso con la promoción y protección de los derechos de las mujeres y la erradicación de la discriminación y la violencia contra las mujeres. Europa también se sumó al debate de los derechos de las mujeres en la reunión del Consejo de Europa celebrada en Estrasburgo en enero de 1993.

En cuanto a la actividad de las ONGs, el llamado Foro Paralelo de ONGs organizado bajo el lema “Todos los Derechos Humanos para Todos”, desarrolló debates en torno a diferentes temas como los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de las mujeres y las relaciones entre desarrollo, democracia y derechos humanos. Entre las ONGs que influyeron en los resultados de la Conferencia, mencionar el Center for Women's Global Leadership (CWGL) que dirigió una campaña internacional denominada “Global Campaign for Women's Human Rights” que pretendía incorporar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres en el discurso internacional sobre derechos humanos. Fruto de esta campaña fue la puesta en marcha de un Global Tribunal on Violations of Women's Human Rights durante el desarrollo del Foro Paralelo de la Conferencia. Ante este Tribunal, 33 mujeres de 25 países ofrecieron su testimonio sobre mutilación genital, tortura, incesto, prostitución forzada, violencia doméstica y violaciones en conflictos armados, demostrando la debilidad de los instrumentos de protección existentes. *Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, pp. 182-185.

¹⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, documentos aprobados por consenso de los 171 Estados participantes en la Conferencia. Disponibles en: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>. (última consulta 09/05/2018). El objetivo principal con el que se programó la Conferencia de Viena fue la valoración de los progresos realizados en la esfera de los derechos humanos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a fin de identificar los obstáculos que impedían el progreso de los derechos y examinar los procedimientos para mejorar su protección. En esa evaluación se constató las dificultades y obstáculos que encontraban las mujeres para el disfrute de todos los derechos humanos reconocidos en los grandes textos internacionales. La afirmación de que los derechos de las mujeres y de las niñas formaban parte integrante e indivisible de los derechos humanos universales supuso un punto de inflexión en la materia, ya que por primera vez un texto internacional reconoce de manera explícita los derechos de las mujeres. Véase también: Resolución Asamblea General, A/RES/45/155, 18 de diciembre de 1990, punto 1.

reconceptualization of human rights que vino marcada no sólo por la afirmación de la indivisibilidad de los derechos humanos de las mujeres, sino también por el fortalecimiento de los mecanismos de protección de dichos derechos¹⁹. En definitiva, en Viena se afirman los derechos humanos de quienes estaban fuera del discurso y tenían dificultades para su ejercicio, sin que eso significase el reconocimiento de derechos particulares de las mujeres por el hecho de ser mujeres²⁰. La titularidad de unos derechos específicos para las mujeres plantea para Durán lagunas desde el punto de vista jurídico, ya que, por un lado, dificultaría la universalidad de los derechos y, por otro, dispensaría un tratamiento específico a las mujeres alterando la igualdad y no discriminación²¹.

La Declaración y Programa de Acción de Viena recoge algunas aportaciones claves en relación con la protección de la mujer frente a la violencia. Así, el párrafo 18 del documento declara que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, deben ser eliminadas por ser incompatibles con la dignidad de la persona humana. La eliminación de este tipo de violencia -apunta el párrafo- puede lograrse con medidas legislativas y de otro tipo que propicien la cooperación internacional²². El párrafo 38, por su parte, reconoce la existencia de formas específicas de violaciones de los derechos de las mujeres y subraya la erradicación de todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres; los prejuicios sexistas en la administración de justicia; y “cualquier conflicto”²³ que pudiera surgir entre los derechos de la mujer y ciertas prácticas o costumbres tradicionales, culturales o religiosas. En opinión de Rodríguez Manzano, este párrafo resulta ambiguo respecto a los eventuales efectos nocivos de las particularidades culturales y religiosas, pues la referencia a la eliminación de los conflictos, y no a la erradicación de las consecuencias perjudiciales de las prácticas, elude la cuestión de cómo resolver dichos conflictos. Lo que no ocurre,

¹⁹ Vid. O'HARE, op. cit., p. 365.

²⁰ Vid. MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit. pp. 38 y ss.

²¹ Vid. DURÁN, op. cit. pp. 8 y ss. Durán afirma que hay que diferenciar entre la titularidad y el ejercicio de los derechos, siendo precisamente en el ejercicio de éstos donde hay que señalar las diferencias que justifican la aplicación de medidas correctoras.

²² Declaración y Programa de Acción de Viena, cit. supra, párrafo 18. El párrafo declara objetivos prioritarios de la comunidad internacional la plena participación de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural y la erradicación de todas las formas de discriminación basada en el sexo. Se otorga tanta importancia a la promoción y protección de los derechos humanos de la mujer, que el párrafo establece la necesidad de integración de este tema en todas las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, a fin de lograr la implicación de todo el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas en la promoción de los derechos humanos de la mujer y la niña.

²³ Entrecomillado nuestro.

en cambio, en relación con las niñas cuando el párrafo 49 del documento, incluido en el epígrafe “Los derechos del niño”, insta directamente a los Estados a “eliminar prácticas y costumbres que sean discriminatorias y perjudiciales para éstas”²⁴.

La Conferencia no pasó por alto lo ocurrido durante esta década en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, cuando afirma que las violaciones de los derechos de la mujer en situaciones de conflicto armado, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, constituyen violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y, por consiguiente, requieren una respuesta especialmente eficaz²⁵.

Podemos decir, por tanto, que la Declaración y Programa de Acción de Viena constituyen los primeros instrumentos jurídicos internacionales que reconocen los derechos humanos de la mujer y de la niña como parte indivisible de los derechos humanos universales, y los actos de violencia contra ellas como violaciones de estos derechos. Después de Viena el tratamiento de la violencia contra las mujeres se enfocará como una violación de los derechos humanos, lo que necesariamente conlleva la extensión de los mecanismos y garantías jurídicas establecidas para su protección a las mujeres víctimas de este tipo de violencia. De igual manera, esta violación de derechos humanos conlleva la atribución de responsabilidad a los Estados por dichos actos. De ahí que algunos autores afirmen que el documento final de la Conferencia otorga una importancia sin precedentes a la eliminación de la violencia contra las mujeres²⁶.

2.- LA RECOMENDACIÓN GENERAL NÚMERO 19 DEL COMITÉ CEDAW Y SU ACTUALIZACIÓN A TRAVÉS DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL NÚMERO 35.

Uno de los fundamentos en los que se basa la regulación actual de la violencia contra la mujer es la Recomendación General número 19 de 1992 del Comité CEDAW, completada y actualizada recientemente por la Recomendación General número 35²⁷.

²⁴ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 189.

²⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena, cit. supra, Capítulo I, párrafos 28, 29 y 38. La Conferencia no pasó por alto lo ocurrido durante esta década en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, que provocó un cambio en la conciencia social e internacional, y reitera la condena de la violación sistemática de las mujeres en tiempos de guerra, además de otras violaciones masivas de derechos humanos, como el genocidio y la "limpieza étnica", repitiendo su llamamiento para que se castiguen a los autores y para que los Estados y las partes en el conflicto cumplan el Derecho Internacional Humanitario.

²⁶ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit, p. 188.

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General núm. 19, violencia contra las mujeres, 1992, U.N. Doc. A/47/38 at 1 (1993). Recomendación General número 35

Esta norma de capital importancia en la materia representa, para algunos autores, la primera interpretación sustancial de la Convención CEDAW²⁸. No es la primera vez que el Comité CEDAW se pronuncia sobre la violencia contra la mujer. Con anterioridad a la aprobación de la Recomendación General número 19, el Comité ya abordó esta materia en la Recomendación General número 12 de 1989 en la que analizaba las disposiciones de la Convención que incluían de forma implícita cuestiones de violencia, a pesar del silencio de la Convención CEDAW. Así, el Comité consideraba que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención obligaban a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produjese en la familia, en el trabajo, o en cualquier otro ámbito de la vida social, recomendando a los Estados que incluyesen en sus informes periódicos información relativa a la legislación vigente para proteger a la mujer de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana, las medidas adoptadas para erradicar esa violencia, los servicios de apoyo a las mujeres víctimas, y los datos estadísticos sobre la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra la mujer²⁹. Aunque esta Recomendación no profundiza en la violencia, limitándose prácticamente a pedir información a los Estados, en ella se atisba la preocupación de la comunidad internacional por los actos de violencia que sufren las mujeres y hay que atribuirle el mérito de ser pionera en abordar la violencia que sufre la mujer en el ámbito doméstico y comunitario.

La Recomendación que acabamos de ver fue desarrollada posteriormente por la Recomendación General número 19 específica sobre violencia contra la mujer. A nuestro juicio hay dos elementos claves de esta Recomendación que marcan el sentido y alcance de la norma. El primero, la afirmación de que la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer es una forma de discriminación de las contempladas en la Convención CEDAW³⁰. Su consideración como forma de discriminación permite incluir la violencia contra la mujer en el campo de aplicación de la Convención CEDAW, lo que es relevante por dos motivos: 1) porque no existe ningún instrumento universal de carácter vinculante que regule la violencia contra la mujer, y 2) porque extiende la protección que otorga el tratado a las mujeres víctimas de violencia basados en su género, lo que les permite interponer denuncias individuales ante el Comité

sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General número 19, CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017.

²⁸ *Vid.* BYRNES, op. cit. p.139.

²⁹ Recomendación general CEDAW, número 12, 1989, La violencia contra la mujer, Doc. A/44/38; Considerando único.

³⁰ Recomendación general CEDAW, número 19, cit. supra, párrafos 1 y 6.

CEDAW por estos hechos. Díez Peralta afirma que en el estudio de estas denuncias se puede encontrar una herramienta propicia para determinar el grado de cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de combatir la violencia contra la mujer que se deriva de la Convención³¹. De hecho, la mayoría de las denuncias individuales sobre las que el Comité CEDAW se ha pronunciado versan sobre actos de violencia de género, en especial de violencia doméstica. Entre los casos más significativos, el asunto *A.T contra Hungría, Sahide Goekce (fallecida) contra Austria, Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria*, y *Ángela González Carreño contra España*, todos ellos sobre violencia doméstica, en los que el Comité ha dictaminado que los Estados han infringido los derechos de las denunciadas reconocidos en la Convención y en la Recomendación General número 19.

El segundo elemento que consideramos clave es la configuración de la violencia contra la mujer como un tipo de violencia específica que tiene su origen en la desigualdad y discriminación que sufren las mujeres en relación con los hombres y que las coloca en una posición subordinada que les impide el disfrute pleno de sus derechos humanos. Merino Sancho señala que la Recomendación número 19 por primera vez define la violencia contra las mujeres en función de su causa. En su opinión, concretar este tipo de violencia como violencia dirigida contra la mujer “por el hecho de ser mujer” es categorizar la violencia contra las mujeres³². Con la actualización de la Recomendación que ha llevado a cabo el Comité se acentúa aún más el rasgo característico de esta violencia cuando sustituye la expresión “violencia contra la mujer” por “violencia por razón de género contra la mujer”, que, a juicio del Comité, es una expresión más precisa porque pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género, presentes en este tipo de violencia. Con ello se refuerza la noción de la violencia como problema social que exige respuestas integrales³³.

Es interesante destacar que para el Comité CEDAW la violencia por razón de género afecta a las mujeres a lo largo de todo su ciclo vital, de ahí que afirme que la referencia a las mujeres debe entenderse hecha también a las niñas. La extensión a las niñas refuerza la protección internacional de los derechos de éstas frente a la violencia y

³¹ Vid. DÍEZ PERALTA, op.cit., p. 109.

³² Vid. MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit., p. 80.

³³ Recomendación General número 35, cit. supra, párrafos 9, 10 y 19. El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres.

confirma la complementariedad de las normas internacionales que regulan los derechos de las mujeres y de las niñas.

El Comité afirma que la violencia contra la mujer anula y limita los derechos humanos de la mujer y cita entre ellos: el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; el derecho a la igualdad ante la ley; el derecho a la igualdad en la familia; el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; y, el derecho a condiciones de empleo justas y favorables³⁴. El hecho de que el Comité mencione derechos que no aparecen expresamente recogidos en la Convención CEDAW, como el derecho a la vida o el derecho a no ser sometida a torturas o tratos degradantes o inhumanos, supone una aportación interesante del Comité en cuanto que extiende el contenido del texto convencional a derechos inicialmente no previstos en el tratado.

La violencia por razón de género contra la mujer se produce, según el Comité, en todas las esferas y ámbitos en los que las personas interactúan, ya sean públicos o privados -incluidos los entornos digitales-, y puede provenir tanto de agentes estatales como de actores privados. En todos estos supuestos los Estados son responsables por aplicación directa de la Convención CEDAW, en particular de su artículo 2 que les impone la obligación -de exigibilidad inmediata- de adoptar una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer³⁵. Así, los Estados son responsables de los actos u omisiones de sus órganos y agentes -del poder legislativo, ejecutivo y judicial- que constituyan violencia por razón de género contra la mujer³⁶. Y, de igual modo, son responsables de los actos y omisiones de los agentes privados, no sólo de los que actúan en el ejercicio de funciones públicas, sino también -y esto es lo verdaderamente innovador en Derecho Internacional- de los que actúan a título particular si el Estado no ha adoptado todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y

³⁴ Recomendación general CEDAW, número 19, cit. supra, párrafo 7.

³⁵ *Ibídem*, párrafos 8 y 9; Recomendación General número 35, cit. supra, párrafo 21 y ss. Esta obligación, se compone, a juicio del Comité, de dos aspectos: uno, derivado de la responsabilidad de los Estados por los actos u omisiones de sus agentes; y otro, derivado de la responsabilidad por los actos u omisiones de agentes no estatales.

³⁶ *Vid.* A/RES/56/83, 28 enero 2002, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, aprobación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, artículo 4. *Vid.* A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Doc. A/56/10, párrafo 76 y ss.

reparar este tipo de actos. Estas agresiones constituyen, a juicio del Comité, “un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer” y dichos fallos u omisiones dan lugar a violaciones de los derechos humanos³⁷. La responsabilidad del Estado por actos violentos de los particulares deriva directamente del artículo 2e) de la Convención CEDAW que obliga a los Estados a proceder con la debida diligencia para impedir la discriminación contra la mujer proveniente de actores privados³⁸. No hay duda de que el artículo 2 de la Convención se convierte en una disposición crucial para hacer frente a la violencia contra las mujeres y las niñas, de ahí que el Comité haya reiterado en numerosas ocasiones que las reservas formuladas al tratado, especialmente a este artículo, son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención, y, por tanto, inadmisibles³⁹.

El Comité introduce la norma de la debida diligencia como medida de la responsabilidad de los Estados por la comisión de los actos de violencia cometidos por las personas privadas. Aquí se encuentra la verdadera innovación del Derecho Internacional Público en esta materia –lo esencial del asunto–, el punto de inflexión a partir del cual la violencia contra la mujer debida a su sexo o género, configurada como una violencia específica que tiene su origen en la discriminación que sufren las mujeres frente a los hombres, sale de la esfera privada y se convierte en un asunto público, una violación de los derechos humanos de las mujeres de la que los Estados deben responder ante la comunidad internacional. Al respecto es interesante destacar dos puntos. El primero que la obligación del Estado de actuar conforme al principio de la debida diligencia para castigar los actos de violencia contra la mujer se contrae con independencia de lo que determine su legislación interna, es una obligación derivada del Derecho Internacional. El segundo que este principio abarca no sólo el ámbito de la prevención, investigación, enjuiciamiento y castigo de los actos violentos, sino también el de la reparación o indemnización por dichos actos. Ambos puntos no se contemplan en la DEVAW, como veremos a continuación.

³⁷ Recomendación General número 35, cit. supra, párrafos 24 a 26. Las obligaciones generales de prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y reparar abarcan todas las esferas y todos los poderes del Estado, e implican la adopción de normas jurídicas, programas y políticas públicas y mecanismos de supervisión de su cumplimiento. Asimismo, comprenden la adopción de medidas para erradicar los prejuicios, estereotipos y prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia contra la mujer.

³⁸ Recomendación General número 28 de 2010 sobre el alcance de las obligaciones de los Estados Partes de la Convención, cit. supra.

³⁹ *Ibidem*, párrafos 41 y 42. *Vid.* Recomendación General número 35, cit. supra, párrafo 13.

El Comité adopta, por otro lado, un enfoque integral centrado en las víctimas para hacer frente a la violencia contra la mujer y exige a los Estados la adopción de medidas que abarquen la prevención, la protección, el enjuiciamiento, el castigo, la reparación, la recopilación y supervisión de datos y la cooperación internacional⁴⁰. En este orden de cosas, el Comité recomienda a los Estados medidas legislativas que se concreten en la tipificación como delito de todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer que constituyan una violación de su integridad física, sexual o psicológica-incluidas las agresiones sexuales, en particular la violación y la violación conyugal-; la protección jurídica de las víctimas y su acceso a la justicia; la derogación de las leyes consuetudinarias, religiosas e indígenas que justifican y toleran toda forma de violencia contra la mujer⁴¹; y el examen de las leyes y políticas neutrales en cuanto al género para asegurar que no creen o perpetúen las desigualdades existentes. En el ámbito de la prevención, el Comité recomienda medidas para abordar las causas subyacentes de la violencia contra la mujer, en particular las actitudes patriarcales y los estereotipos, la desigualdad en la familia y el incumplimiento o denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer. En el campo de la protección, recomienda a los Estados medidas para proteger a las mujeres denunciantes de actos violentos y a los testigos de dichos actos antes, durante y después de las acciones judiciales. En relación con el enjuiciamiento y castigo de los actos violentos, el Comité recomienda que se garantice el acceso efectivo a la justicia, y que no se remita obligatoriamente a las víctimas a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la conciliación o la mediación. Las reparaciones a las víctimas deben ser efectivas garantizando la no repetición de los actos violentos e incluir diversidad de medidas además de la indemnización monetaria como, por ejemplo, servicios de salud. Finalmente, el Comité recomienda medidas de coordinación, vigilancia y recopilación de datos y medidas de cooperación internacional para combatir la violencia contra la mujer.

⁴⁰ Recomendación General número 35, cit. supra, párrafos 27 a 35.

⁴¹ Recomendación General número 19, cit. supra, párrafos 11 y 12. Respecto a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias, el Comité afirma que las actitudes tradicionales que consideran a la mujer como subordinada o le atribuyen funciones estereotipadas, perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por la dote, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Las actitudes tradicionales también contribuyen a la difusión de la pornografía y a otro tipo de explotación comercial de la mujer como objeto sexual.

A pesar del amplio elenco de medidas que despliega la Recomendación del Comité, no podemos olvidar dos cosas: que no tienen fuerza jurídica vinculante para los Estados y que carecen de un mecanismo de control de su aplicación, lo que supone un hándicap importante para su efectividad y aplicación. Sin quitar un ápice de importancia a las medidas que deben emprender los Estados para la combatir la violencia por razón de género contra la mujer, creemos que es atinada la opinión de Abril Stoffels cuando afirma que los fracasos en el campo de la violencia contra las mujeres no se deben achacar exclusivamente a la ineficacia de las medidas penales adoptadas, y que sólo cuando se produzca un verdadero cambio en la mentalidad social, la eliminación de las discriminaciones en todos aquellos aspectos que inciden en el disfrute de los derechos humanos fundamentales y de los bienes y servicios públicos, más allá de una consagración formal de la igualdad en leyes y programas, se conseguirá la eliminación de este problema.⁴²

En definitiva, la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW, aprobada poco antes de la DEVAW tiene la virtualidad de ser el primer instrumento de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer que configura ésta como un tipo de violencia específica – la que se dirige contra la mujer porque es mujer o que le afecta de manera desproporcionada-, que tiene su origen en la discriminación que sufre la mujer en relación con los hombres y que la coloca en una situación de desventaja en el disfrute de sus derechos humanos. La versión actualizada de la Recomendación acentúa el rasgo característico de esta violencia cuando sustituye la expresión “violencia contra la mujer” por “violencia por razón de género contra la mujer”. Las obligaciones de los Estados dirigidas a erradicar la violencia contra la mujer derivan de la aplicación de la Convención CEDAW y, por ende, la aplicación efectiva de ésta contribuye a la eliminación de la violencia contra la mujer, por ello el Comité recomienda a los Estados que retiren sus reservas a la Convención.

Por otra parte, la norma de la debida diligencia es la medida de la responsabilidad de los Estados por la comisión de los actos de violencia cometidos por las personas privadas si el Estado no ha cumplido sus obligaciones de prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y reparar dichos actos. Y en este punto, a nuestro juicio, se encuentra la verdadera innovación del Derecho Internacional Público en esta materia, el

⁴² Vid. ABRIL STOFFELS, *España ante los ojos...*, op. cit. p. 49.

punto de inflexión a partir del cual la violencia contra la mujer sale de la esfera privada y se convierte en un asunto público, una violación de los derechos humanos de las mujeres de la que los Estados deben responder ante la comunidad internacional.

Pese a la importancia de las Recomendaciones del Comité CEDAW no podemos pasar por alto que se tratan de instrumentos de carácter recomendatorio que carecen de fuerza jurídica vinculante para los Estados por disposición de la propia Convención CEDAW, lo cual resta efectividad a su contenido y aplicación. A esto debemos sumar la falta de un mecanismo de supervisión y control propio de estos instrumentos.

3.- LA DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (DEVAW).

Tras la celebración de la Conferencia de Derechos Humanos de Viena y la aprobación de la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW, la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993 proclamó, sin necesidad de votación, la DEVAW⁴³. Un texto de extensión muy limitada que tan sólo consta de seis artículos, donde se concentra el núcleo de la regulación internacional sobre violencia contra la mujer. La Declaración, al igual que los textos de su misma naturaleza es una norma de carácter no vinculante que está revestida de cierta autoridad que deviene del hecho de no tratarse de una mera Resolución de la Asamblea General, sino de un documento utilizado para la aprobación de decisiones de gran importancia de las que se espera obtener la mayor observancia posible por parte del mayor número de Estados⁴⁴.

Un reflejo de la influencia de la Conferencia de Viena fue el consenso en la adopción de una perspectiva de los derechos humanos a la hora de elaborar el texto. Este enfoque aparece reflejado en el Preámbulo de la Declaración cuando afirma que la

⁴³ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, DEVAW, A/RES/48/104, de 20 de diciembre de 1993. En el momento de su elaboración se pusieron de manifiesto opiniones encontradas entre los que querían que se pusiera el acento en las consecuencias de la violencia y los que querían que se centrara la atención en las medidas que debían adoptarse para su eliminación. *Vid.* MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit. pp. 85-86.

Como antecedentes de la DEVAW podemos citar la Resolución 1990/15, 24 de mayo de 1990, y la Resolución 1991/18, de 30 de mayo de 1991, ambas del Consejo Económico y Social. La primera de ellas reconoce que la violencia contra la mujer en la familia y en la sociedad está generalizada y trasciende las diferencias de ingresos, clases sociales y culturas y debe contrarrestarse con medidas urgentes y eficaces para eliminar su incidencia. Por su parte, la Resolución 1991/18, recomienda la preparación de un marco general para un instrumento internacional que aborde explícitamente la cuestión de la violencia contra la mujer.

⁴⁴ *Vid.* Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos..., cit. supra.

violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales que le impide total o parcialmente el disfrute de estos⁴⁵. Tomasevski piensa que la afirmación de que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos es una consigna que se suele esgrimir pero que arroja más calor que luz. Argumenta que los documentos de derechos humanos que han emanado de las organizaciones islámicas ponen de manifiesto que los criterios de qué son los derechos humanos no están definidos de manera uniforme en todas las regiones del mundo⁴⁶. Esta reflexión nos remite de nuevo al problema del cuestionamiento de la universalidad de los derechos humanos que en el caso de los derechos de las mujeres se acentúa aún más, si cabe, por la influencia de la religión y ciertas costumbres que otorgan a los hombres el poder de decisión en la esfera privada y en la pública.

Además del enfoque de derechos humanos, es interesante subrayar la complementariedad de la Convención CEDAW y la DEVAW. Así, la aplicación efectiva de la Convención contribuye a eliminar la violencia contra la mujer, y la Declaración, por su parte, complementa y refuerza la aplicación efectiva de la Convención⁴⁷. Si bien, esta complementariedad es asimétrica, en cuanto que se trata de instrumentos de valor jurídico diferente, y de una materia -la violencia contra la mujer- que está ausente de los grandes textos internacionales de derechos humanos, ninguno de los cuales hace referencia expresa a las distintas formas de violencia contra la mujer en cualquier contexto, tanto de paz como de conflicto armado⁴⁸.

La labor de interpretación de la DEVAW la ha llevado a cabo un mecanismo especial de protección de los derechos humanos creado exprofeso para esta materia: la

⁴⁵ DEVAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 5.

⁴⁶ Vid. TOMASEVSKI, op. cit. pp. 11 y 14. Así sucede, por ejemplo, en la Declaración de El Cairo de 1992 que propugna que el marido es responsable del cuidado y bienestar de la familia, expresando así el principio de la Sharía y el papel de los hombres y su superioridad sobre las mujeres. En su opinión, se ha convertido en un tema prioritario la necesidad de reconciliar conflictos aparentes que no habían sido anticipados por quienes elaboraron los primeros instrumentos de derechos humanos que pensaban que la libertad religiosa constituía uno más de los derechos humanos y que todos los países serían gobernados por una legislación secular y no religiosa. Otro ejemplo que ofrece la autora es el informe del grupo de expertos sobre el desarrollo de orientaciones para la integración de la perspectiva de género en los programas de derechos humanos de la ONU que no incluye la violencia familiar cuando aborda la interpretación del derecho a no ser torturado.

⁴⁷ DEVAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 3. Rodríguez Manzano señala que la Declaración reconoce tácitamente la ausencia de la violencia contra la mujer en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op.cit., p.179.

⁴⁸ Para Movilla Pateiro, la razón de esta llamativa ausencia se encuentra en el hecho de que tradicionalmente no se haya visto la violencia contra las mujeres como un auténtico atentado contra los derechos humanos, sino más bien como una ofensa al honor de la víctima y su familia. MOVILLA PATEIRO, L.: "Tratamiento Jurídico-Internacional del Uso de la Violación como Arma de Guerra: avances y retos", *Trabajos y ensayos*, Núm. 11, enero 2010, pp. 1-18, p. 14.

Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Sus informes resultan, a nuestro juicio, imprescindibles en el análisis de la DEVAW para comprender su alcance y extensión.

3.1.- El concepto de violencia contra la mujer. Características, origen y ámbitos en los que se produce.

La DEVAW sitúa el origen de la violencia contra la mujer en las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre⁴⁹. Con ello la Declaración reconoce de forma expresa, al igual que el Comité CEDAW, la conexión entre la violencia contra la mujer y la discriminación, identificando el marco estructural en que se produce dicha violencia y convirtiendo este asunto en una cuestión política y pública de la que son responsables los Estados y la sociedad en general⁵⁰. Además de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, la doctrina y los mecanismos de derechos humanos han apuntado otras causas de la violencia. Entre ellas, la sexualidad femenina, la ideología cultural, las doctrinas sobre la intimidad y el concepto de inviolabilidad de la familia, las modalidades de solución de conflictos y la pasividad del Estado⁵¹. Sanz Caballero sostiene que todas las causas que explican adecuadamente la violencia contra la mujer señalan a una misma dirección: el patriarcado y la discriminación sistemática contra la mujer⁵². Posada, por su parte, coincide en señalar la violencia de género como parte de un sistema de dominación, o, lo que ella califica con más exactitud, como “prácticas de dominio que todo sistema de dominación establece”. Y refuerza su argumento con los de la teórica feminista norteamericana Carole Sheffield que distingue la violencia sexual de cualquier otro comportamiento categorizado como violencia, porque se trata de una forma de agresión

⁴⁹ DEVAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 6.

⁵⁰ E/CN.4/1995/42, 22 noviembre 1995, Informe preliminar presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; párrafos 49 y ss.

⁵¹ *Ibídem*, párrafos 58 a 72.

⁵² Vid. SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...*, op. cit. pp. 180 y ss. Es interesante el análisis que realiza esta autora sobre cómo la doctrina de la privacidad y la banalización de los abusos se convierten en cómplices de la violencia contra las mujeres. El respeto mal entendido de la intimidad -que hace primar la vida privada y familiar sobre el derecho a la integridad física-; la teoría según la cual la mujer no es titular de una dignidad individual sino de una dignidad grupal en cuanto miembro de una familia; las actitudes sociales que trivializan la violencia; y la inercia del Estado cuando no investiga y penaliza hechos violentos contra las mujeres, se convierten en factores cómplices de la violencia contra la mujer.

enraizada de tal manera en nuestra cultura que es percibida como el orden natural de las cosas, o simplemente no es percibida. Esta agresión, en palabras de Sheffield, es “poder sexualmente expresado” o “terrorismo sexual”⁵³.

El patriarcado, que, a juicio de la anterior Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, continúa dominando las relaciones familiares y comunitarias⁵⁴, está basado principalmente en la separación radical de la esfera pública y la esfera privada. Al hilo de esto, Tomasevski pone de manifiesto la contradicción de la legislación internacional de derechos humanos que reconoce, por un lado, la autonomía de la familia y prohíbe las interferencias arbitrarias y, por otro lado, demanda al poder público que intervenga para asegurar la igualdad de la mujer en la familia y la erradicación del abuso. Esta autora defiende, y coincidimos con ella, que los derechos individuales de las mujeres deben tener preferencia sobre la autonomía familiar⁵⁵. La división de la esfera pública y privada que impregna el Derecho Internacional constituye uno de los grandes obstáculos para la protección efectiva de las mujeres frente a la violencia y, por ende, de su integridad.

A nuestro juicio es necesario insistir en la ruptura de la división de la esfera social que el sistema patriarcal ha “naturalizado” y jerarquizado, con la adscripción de las mujeres al ámbito doméstico en el que se desarrollan las funciones consideradas de menor valor. La división de ambas esferas propicia la violencia contra la mujer, y ésta, a su vez, consigue que se perpetúe dicha división. También es importante defender la intervención del Estado en el ámbito privado cuando éste se convierte en un espacio donde prevalece la desigualdad y los abusos contra las mujeres, a fin de asegurar la protección efectiva de los derechos humanos y evitar la impunidad.

Hay autoras que abordan el problema de la violencia contra las mujeres desde perspectivas diferentes y que pretenden realzar lo que comúnmente se entiende como “lo femenino”. En esta línea, algunas contemplan la violencia contra la mujer desde la construcción de un simbólico femenino asentado en el reconocimiento de la diversidad

⁵³ Vid. POSADA KUBISSA, op. cit., pp. 57-71. SHEFFIELD, op. cit., pp. 45-60.

⁵⁴ Artículo de opinión de LOUISE ARBOUR, Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos, “Violencia contra la mujer”, 18 noviembre 2008, p. 2. Para la anterior Alta Comisionada el patriarcado aparece a menudo reforzado por la presión de grupos culturales y religiosos o por la competitividad en el empleo. Artículo disponible en: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=10268> (última consulta 12/04/2019).

⁵⁵ Vid. TOMASEVSKI, op. cit. p. 7 y 12. Coincidimos con la autora cuando afirma que los derechos individuales de las mujeres deben tener preferencia sobre la autonomía familiar si utilizamos el argumento de los derechos humanos.

femenina, que lleve a cabo la revalorización del cuerpo y del cuidado⁵⁶. Otras, en cambio, apuestan por un recambio de valores esencialmente femeninos –acuñan la expresión de feminismo como nuevo humanismo- donde la solución a la violencia se encuentra en el nuevo humanismo que recupera las características relegadas a las mujeres⁵⁷, o bien apelan a la condición de la mujer como madre que condiciona su visión de la agresión contra ella hasta convertir en un enigma la mujer que se resiste a romper un vínculo incluso cuando se arriesga con la violencia y la muerte⁵⁸. Estas teorías han sido rechazadas desde un discurso crítico feminista considerándolas inaceptables en tanto que tratan la violencia contra la mujer como si fuera un problema del orden simbólico femenino regido por la maternidad, lo cual reduce este tipo de violencia al ámbito privado de cada mujer como si fuera un problema propio suyo, personal⁵⁹. Compartimos el rechazo a las teorías que alejan el problema de la violencia contra las mujeres de su dimensión social y pública y que niegan el trasfondo del sistema de dominación y de poder consustancial al patriarcado, que silencia, acepta y naturaliza numerosas manifestaciones de violencia sexual y violencia contra las mujeres. No podemos olvidar que “lo femenino” ha sido definido por una cultura patriarcal, por tanto, la apuesta por valores esencialmente femeninos corre el peligro de perpetuar y fortalecer una forma de dominación que causa daños reales a las mujeres. Si bien es cierto que no todas las mujeres son iguales, ni lo son sus circunstancias y los factores que les afectan de raza, riqueza, cultura, etc., es un hecho contrastado que el patriarcado y la desvalorización de la mujer son prácticamente universales.

Uno de los principales objetivos de la DEVAW es la elaboración del concepto de violencia contra la mujer⁶⁰, que se define como:

Artículo 1: “A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

⁵⁶ MAGALLÓN PORTOLÉS, C.: “Sostener la vida, producir la muerte: estereotipos de género y violencia” en *El sexo de la violencia*, Vicenç Fisas (ed.) Icaria, Barcelona, 1998, pp. 96-116.

⁵⁷ MARTINEZ GUZMÁN, V.: “Género, paz y discurso” en *El sexo de la violencia*, Vicenç Fisas (ed.) Icaria, Barcelona, 1998, pp. 117-134.

⁵⁸ RIVERA GARRETAS, M.M.: “Yo también soy una mujer maltratada” en RIVERA M.M. *Mujeres en relación, Feminismos 1970-2000*, Icaria, Barcelona, 2001.

⁵⁹ Vid. POSADA KUBISSA, op. cit. p. 69.

⁶⁰ DEVAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 12.

Así pues, para la DEVAW la violencia contra la mujer es una violencia específica, con presupuestos y caracteres diferentes: se trata de una violencia estructural, universal, que ha existido siempre, y que se produce por las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Para algunos autores, resulta paradójico que la violencia contra la mujer sea universal y a la vez particular debido a las múltiples formas que adopta según las características y la cultura de la sociedad en la que se desarrolla. Sin embargo, hay unos modos de violencia que no son específicos de una región o cultura, sino que, por el contrario, se repiten en todas las partes del mundo como, por ejemplo, la violencia en el hogar o los abusos sexuales⁶¹.

La definición de violencia contra la mujer de la DEVAW ha sido actualizada y ampliada por la Asamblea General mediante la Resolución 71/170 de 2016 sobre la Intensificación de los esfuerzos para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, que ha introducido algunos cambios en el concepto. Así, el punto 2 dispone que por violencia contra las mujeres se entiende:

“todo acto de violencia por razón de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres y las niñas, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada, incluso en línea, y señala los daños económicos y sociales que causa este tipo de violencia”⁶².

⁶¹ Vid. SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...*, op. cit. pp. 168 y ss.

⁶² A/RES/71/170, 7 de febrero de 2017, Intensificación de los esfuerzos para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas: la violencia doméstica, punto 2. La inclusión de la niña y de los daños económicos y sociales en el concepto de violencia contra la mujer no es una novedad porque ya fue incluido por la Asamblea en su anterior Resolución sobre la Intensificación de los esfuerzos para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas; A/RES/69/147, 5 de febrero de 2015, punto 1. El Consejo de Derechos Humanos, por su parte, en la Resolución 29/14 de 2015, adopta la misma perspectiva y un concepto similar de violencia contra la mujer. El Consejo tampoco define el término “género” y en su definición de violencia contra la mujer no incluye el daño o sufrimiento económico.

De forma sintética podemos destacar los siguientes aspectos comunes que presentan las Resoluciones de la Asamblea y del Consejo: el tratamiento diferenciado de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y el fundamento en razones de género y no de sexo de la violencia contra la mujer; la desigualdad como origen de la violencia; la inclusión de las conductas abusivas y de los medios digitales y en línea como vehículos para perpetrar actos violentos contra la mujer; la necesidad de aplicación por parte de los Estados de la DEVAW como herramienta para condenar la violencia y no invocar costumbres, tradiciones o consideraciones religiosas para eludir su obligación de eliminarla; la implicación de los hombres y los niños como agentes activos en la prevención y eliminación de la violencia; la existencia de factores que exponen a ciertas mujeres a un mayor riesgo de violencia; la necesidad de que los Estados adopten medidas integrales para su erradicación; la prevención de la violencia con enfoque en sus causas estructurales; la aplicación del principio de la debida diligencia en la prevención, investigación, enjuiciamiento y protección a las víctimas; y la necesidad de mejorar la recopilación de datos sobre episodios violentos. Vid. A/HRC/29/L.16/Rev.1, 1 de julio de 2015, Acelerar

En definitiva, la Asamblea ha sustituido el término “sexo” por el de “género”, ha introducido el daño económico y social de los actos violentos, ha incluido el ciberespacio como un nuevo ámbito en el que puede tener lugar la violencia contra la mujer⁶³ y ha incorporado de forma expresa a las niñas como víctimas de esta violencia.

Lo que no avanza la Asamblea en esta Resolución –tampoco lo hace el Comité CEDAW en su Recomendación General número 35 cuando “redenomina” la violencia contra las mujeres como “violencia por razón de género contra la mujer”- es una definición del concepto “género”. La utilización del género como marco de referencia, en lugar de sexo, genera un cambio de paradigma en el tratamiento de la violencia contra las mujeres. Al ser el género una construcción social, el análisis de la violencia desde su perspectiva conlleva necesariamente el cuestionamiento de las relaciones entre hombres y mujeres, que deben ser reevaluadas bajo el nuevo prisma que arroja este concepto. Para los autores, la utilización del “género” como criterio de análisis intenta poner de manifiesto el papel inferior históricamente construido y asignado a las mujeres en la vida pública y privada, y la posibilidad de cambiarlo⁶⁴. Esta nueva perspectiva da una amplitud y una dimensión nueva al concepto de violencia contra la mujer poniendo el acento en la desigualdad, los estereotipos y los modelos sociales que sitúan a la mujer en una situación de desventaja frente a los hombres. Sin embargo, por otro lado, la introducción del concepto “género” también ha propiciado cierta confusión en la materia, en concreto en relación con la violencia doméstica, como veremos en el Capítulo siguiente, ya que ha propiciado que este tipo de violencia se contemple como una categoría separada de la violencia contra la mujer de la que pueden ser víctimas las mujeres y los hombres, distanciándose del concepto establecido en la DEVAW consensuado internacionalmente. En nuestra opinión es preciso que el Derecho Internacional adopte una definición del concepto de género que evite interpretaciones erróneas y acabe con la confusión actual para que el sistema normativo no pierda coherencia y efectividad. Un consenso internacional sobre este concepto evitaría

los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: eliminación de la violencia doméstica; y A/HRC/32/L.28/Rev.1, 30 de junio de 2016, Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer: prevención de la violencia contra las mujeres y niñas, incluidas las mujeres y las niñas indígenas, y respuesta a este fenómeno, punto 1.

⁶³ La Resolución de la Asamblea únicamente apunta, pero no desarrolla, la violencia perpetrada a través de los medios digitales y las redes sociales. Sin embargo, la denominada “violencia contra las mujeres en línea” constituye una de las líneas temáticas del mandato de la actual Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, que aún no ha sido desarrollada.

⁶⁴ Vid. TOMASEVSKI, op. cit. p. 6.

interpretaciones neutras que no distinguen la violencia contra la mujer de otros tipos de violencia que no tienen su origen en las relaciones de poder desiguales entre los hombres y las mujeres.

En definitiva, consideramos que la ampliación y actualización del concepto de violencia contra la mujer que ha llevado a cabo la Asamblea supone un avance en la protección de la integridad de las mujeres y las niñas porque introduce el “género” como elemento determinante de la violencia, lo que pone de manifiesto la posibilidad de cambiar el modelo social que la propicia; porque actualiza la DEVAW con elementos que no se pudieron tener en cuenta en el pasado; porque reafirma la dimensión social y de derechos humanos en esta materia y porque refuerza la protección de las niñas frente a la violencia de género.

Conforme a la DEVAW la violencia contra la mujer se produce en la familia, la comunidad y el Estado. Tres ámbitos donde se manifiestan diferentes formas de violencia y que no son excluyentes, sino que, por el contrario, pueden reforzarse. Así, y conforme al artículo 2:

“Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

Es importante señalar que las formas de violencia no se agotan con las que están recogidas en la DEVAW ya que el artículo 2 permite incluir otras formas no mencionadas expresamente en el texto. En esta línea de ampliación, la Resolución 71/170 de la Asamblea General incluye: el abuso sexual de mujeres en el hogar, el incesto, la violencia dentro de la pareja, el feminicidio, el infanticidio femenino, los delitos cometidos contra mujeres y niñas en nombre del honor, los crímenes pasionales

y el matrimonio infantil, precoz y forzado, la esterilización forzada, el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, los embarazos forzados y la esclavitud sexual⁶⁵. Estas referencias explícitas a actos violentos no mencionados en la DEVAW actualizan la Declaración y sacan a la luz formas de violencia que permanecían invisibles en el Derecho Internacional. A esta labor han contribuido también los informes de las Relatoras Especiales sobre la violencia contra la mujer que han puesto de manifiesto formas de violencia y prácticas tradicionales nocivas que permanecían ocultas⁶⁶. En este sentido, las Relatoras han sumado a los tres ámbitos tradicionales de la familia, la comunidad y el Estado, uno más: el ámbito transnacional, en la idea de que el concepto de violencia contra la mujer debe abarcar todo el espectro de actividades que van desde el hogar hasta las que se extienden por varios Estados. El ámbito transnacional incluye situaciones nuevas que se producen como consecuencia de la globalización y que dan lugar a la extensión de formas locales y tradicionales de violencia contra la mujer -mutilación genital femenina, delitos de honor, la trata con fines de explotación sexual y económica, la situación de las migrantes irregulares, la explotación de la mujer por el personal de mantenimiento de la paz, etc.-⁶⁷.

En relación con los ámbitos en los que se produce la violencia, es interesante apuntar que ni la DEVAW ni ninguna otra norma de Derecho Internacional, ofrecen un concepto de lo que debemos entender a estos efectos por “familia” o “comunidad”. Nos encontramos en este sentido con dificultades derivadas de la indeterminación de conceptos que en algunos casos son salvadas por los órganos de derechos humanos. Así, por ejemplo, en lo que se refiere al concepto de “comunidad” se ha identificado como el espacio social fuera de la familia pero que no está plenamente bajo el control del Estado. Se trata de un espacio público que se comparte con los otros, esto es, el espacio

⁶⁵ Vid. A/RES/71/170, cit. supra, Preámbulo y A/HRC/29/L.16/Rev.1, cit. supra, punto 8 a).

⁶⁶ La primera Relatora Especial en su informe preliminar cita entre estas prácticas: la preferencia por el varón, las diferencias por razón de sexo en la nutrición, la inmolación por fuego de las viudas y las pruebas de virginidad. En otros informes posteriores las Relatoras incluyen los delitos en defensa del honor, los actos de violencia contra la mujer cometidos por miembros de la familia y por su compañero, o la violencia contra las trabajadoras domésticas, como actos comprendidos dentro del concepto de violencia en la familia a los que no se ha prestado suficiente atención o que no resultan tan evidentes. Vid. E/CN.4/1995/42, E/CN.4/1995/42, 22 noviembre 1995, Informe preliminar presentado por la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer con inclusión de sus causas y consecuencias, párrafo 143; E/CN.4/1999/68, enero 1999, “Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, párrafo 22 y ss.; E/CN.4/2004/66, diciembre 2003, “Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer”, párrafo 41; E/CN.4/1996/53/Add.2, 2 febrero 1996, “Marco de legislación modelo sobre la violencia doméstica”, párrafo 11.

⁶⁷ Vid. E/CN.4/2004/66, cit. supra, párrafos 34 y ss.; A/66/215, 1 de agosto de 2011, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, de conformidad con la Resolución 65/187 de la Asamblea General, párrafos 24 a 46.

de las organizaciones y asociaciones privadas, en definitiva, de la sociedad civil. Este ámbito puede ser, como señalan las Relatoras Especiales sobre la violencia contra la mujer, el que determine las restricciones a la sexualidad femenina, ya que “las comunidades vigilan el comportamiento de sus miembros mujeres”, y, en muchos casos, esas restricciones “son aprobadas por el Estado por la vía de leyes y políticas que reflejan los valores comunitarios”. De esta manera, la comunidad es un lugar ambivalente que en algunos casos deniega a la mujer sus derechos y, en otros, ofrece a las mujeres apoyo y solidaridad social⁶⁸.

Podemos decir, pues, que la DEVAW sitúa el origen de la violencia contra la mujer en las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer; introduce por primera vez en un texto jurídico internacional una definición amplia e integral del concepto de violencia contra la mujer; y recoge en *numerus apertus* las formas específicas de violencia física, sexual y psicológica que se producen en la familia, la comunidad y el Estado. Las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, a través de sus informes, han llevado a cabo una labor de interpretación y actualización de la Declaración que ha permitido visibilizar aspectos de la violencia contra la mujer imperceptibles hasta ese momento y que explican con mayor claridad el origen y las características de este tipo de violencia.

3.2.- Los derechos reconocidos. La tradición y la cultura.

Otro de los objetivos de la DEVAW es la formulación de los derechos que se ven afectados por los actos de violencia⁶⁹. Con este propósito, el artículo 3 declara el derecho de la mujer al goce y protección del derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad y la seguridad, a igual protección ante la ley, a verse libre de todas las formas de discriminación, a la salud física y mental, a condiciones de trabajo justas y favorables y a no ser sometida a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁷⁰. Conviene recordar que el derecho a la vida, el derecho a no ser sometida a tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la libertad y

⁶⁸ E/CN.4/1997/47, 12 febrero 1997. Informe de la Relatora Especial, Sra. RADHIKA COOMARASWAMY, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, párrafos 6 y ss.

⁶⁹ DEVAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 12.

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 3.

seguridad no fueron incluidos en el texto de la Convención CEDAW, aunque sí lo hizo el Comité CEDAW en la Recomendación General número 19 que también recogía el derecho a la protección en tiempo de conflicto armado y la igualdad en la familia, no mencionados en la DEVAW.

A juicio de Rodríguez Manzano, resulta extraño que el artículo 3 de la Declaración otorgue preeminencia a los derechos civiles y políticos frente a los económicos, sociales y culturales, sin reconocer la interdependencia de ambos tipos de derechos. También observa esta autora que ni este artículo, ni los que le preceden, establece un vínculo claro entre violencia contra la mujer y los derechos humanos. La razón que esgrime para explicarlo es la oposición de Estados Unidos y Suecia - miembros del grupo de trabajo que revisó el proyecto inicial de Declaración- al reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos, ya que para estos países este reconocimiento diluía la noción tradicional de los derechos humanos al ampliarla a comportamientos privados⁷¹.

Efectivamente, el texto de la Declaración en su parte dispositiva no establece de forma rotunda el nexo entre la violencia contra la mujer y los derechos humanos, lo que nos parece una deficiencia de la Declaración, que se encargarán de resolver, no obstante, los informes de las Relatoras Especiales enfatizando este vínculo. Lo que sí establece la Declaración con claridad, en cambio, es la relación entre la consecución de la igualdad y la eliminación de la violencia contra la mujer, aunque tampoco en este caso la norma va más allá del reclamo de la igualdad formal, sin profundizar en la necesidad de conseguir la igualdad real o de hecho para eliminar dicha violencia.

Dado que todos los derechos de las mujeres se ven afectados por las distintas formas de violencia, el compromiso principal que asumen los Estados en virtud del artículo 4 de la DEVAW es la condena y eliminación de la violencia contra la mujer, sin que puedan invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir esta responsabilidad. La exigencia de condena de la violencia es relevante en cuanto que ésta ha estado tradicionalmente justificada como producto de la tradición y cultura, y porque además permite romper la división de la esfera pública y privada, ya que los Estados no pueden alegar su concepto privado de cultura para justificar la violencia⁷². La cultura, la tradición y la religión han propiciado la impunidad de las agresiones contra las mujeres y su exclusión del ámbito de control de los Estados.

⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op.cit., p.180.

⁷² Vid. O'HARE, op. cit., p. 377.

Nos encontramos, pues, en este punto con una de las disposiciones claves de la Declaración, pues hasta su aprobación ninguna norma universal expresaba con claridad la prohibición -reforzada con la obligación de condena de la violencia- de que los Estados invocasen razones culturales o religiosas para justificar los actos violentos contra la mujer. Sin embargo, muchas prácticas nocivas para las mujeres fundamentadas en la cultura siguen manteniéndose en numerosos países, a pesar de su prohibición, como han reiterado los órganos y mecanismos de derechos humanos⁷³. Sanz Caballero señala que la cultura machista sigue siendo un rasgo social dominante que provoca y perpetúa los elevados niveles de violencia contra la mujer, en cuanto relega a ésta a un papel secundario en la familia y la comunidad. La violencia contra la mujer cometida en nombre de la cultura, la tradición o la religión -dice la autora- lleva a un sometimiento de la mujer, y a su silenciamiento público y social. A veces, lo que se denomina cultura o tradición “en realidad es el material que forma las perspectivas de género que determinan y circunscriben la vida de la mujer. Y la forma en que casi invariablemente se determina el género coloca a la mujer en una posición de subordinación y menoscabo del pleno disfrute de sus derechos humanos”⁷⁴.

Las prácticas que entrañan violencia contra la mujer se justifican y se explican a través de los paradigmas dominantes basados en la cultura. Un ejemplo de su vigencia es el caso ocurrido en Nepal con el resultado de la muerte de una joven nepalí que fue aislada porque tenía la regla siguiendo una tradición ligada al hinduismo según la cual la menstruación es algo impuro. Esta práctica, conocida como *chaupadi*, aparta a las mujeres de sus casas y les impide que puedan tocar alimentos, animales o a otras personas el tiempo que dura la menstruación o tras haber dado a luz. La legislación de Nepal aún no contempla que este tipo de prácticas constituya un delito⁷⁵.

En nuestra opinión, el límite de la cultura, la tradición y las consideraciones religiosas, deben ser los derechos humanos a los que deben estar sometidas. Desde este punto de vista no puede -ni debe- plantearse un conflicto entre la cultura y los derechos humanos porque los argumentos de defensa de una práctica tradicional que perjudica la

⁷³ Vid. E/CN.4/2002/83, cit. supra; A/HRC/4/34, 17 enero 2007. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, YAKIN ERTÜRK. “Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer”.

⁷⁴ SANZ CABALLERO, S.: “La mujer maltratada como grupo especialmente vulnerable en Derecho Internacional: intersecciones entre violencia contra la mujer y cultura” en *Tiempo de Paz*, invierno 2007, núm. 87, pp. 61 a 77, p. 62 y 72.

⁷⁵ Noticia disponible en: https://internacional.elpais.com/internacional/2017/07/10/mundo_global/1499706590_347144.html (última consulta 12/04/2019).

vida y la salud de las mujeres quedan automáticamente invalidados ante el imperio de las normas internacionales. No se trata de posturas encontradas sino de posiciones incompatibles. Es preciso desenmascarar los motivos culturales, tradicionales o religiosos que justifican prácticas dañinas hacia las mujeres, desvelando su trasfondo ideológico, político y económico como estrategia para avanzar en la protección internacional de los derechos de las mujeres y en la erradicación de la violencia contra la mujer.

En definitiva, hasta la aprobación de la DEVAW ninguna norma de Derecho Internacional expresaba con claridad la obligación de condena de la violencia contra la mujer y la prohibición de invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para justificar actos violentos contra la mujer. La DEVAW, aunque no expresa de manera clara el vínculo entre la violencia contra la mujer y los derechos humanos, sí reconoce el derecho de la mujer al goce y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en particular, su derecho a la vida y su derecho a no ser sometida a tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Derechos que no aparecían mencionados en el texto de la Convención CEDAW. Desde este punto de vista la DEVAW amplía los derechos reconocidos en el tratado.

3.3.- La responsabilidad y las obligaciones de los Estados: especial referencia al principio de la debida diligencia.

Uno de los principales propósitos de la DEVAW es conseguir el compromiso de los Estados y la comunidad internacional para la eliminación de la violencia contra la mujer⁷⁶. Y, en línea con este objetivo, la Declaración establece en el artículo 4 la obligación de los Estados de aplicar, por todos los medios apropiados y sin demora, una política encaminada a poner fin a la violencia, que contemple, entre otras, las medidas que se relacionan en dicho artículo y que inciden en todos los ámbitos desde los que se puede hacer frente a ésta: la prevención, la protección, la investigación, la educación, etc.⁷⁷. Dentro del amplio elenco de medidas recogidas en el artículo 4, hay algunas que deben ser aplicadas de forma directa por los Estados y que para nosotros constituyen auténticas obligaciones jurídicas -la obligación de abstenerse de practicar la violencia

⁷⁶ DEVAW, cit. supra, Preámbulo, párrafo 12.

⁷⁷ *Ibidem*, artículo 4.

contra la mujer, proceder con la debida diligencia o establecer sanciones en la legislación nacional para castigar los actos de violencia, por ejemplo-; y otras, en cambio, tienen un carácter más cercano al mero compromiso político y que se limitan a animar a los Estados a que consideren la posibilidad de su aplicación.

El enfoque holístico que adopta la DEVAW en esta disposición es un puntal importante del texto porque extiende las obligaciones de los Estados a todos los campos en los que es preciso intervenir para atajar el problema de la violencia y ofrecer una protección efectiva frente a éste. Aspectos como la prevención, la investigación, la sanción, la protección y la reparación por los actos violentos, son tenidos en cuenta en la Declaración, si bien su regulación adolece de limitaciones porque está impregnada de conceptos indeterminados, expresiones vagas y ambiguas y, en muchos casos, las obligaciones se formulan de manera que se condiciona su cumplimiento a lo que determine la legislación interna de cada país. Así, en relación con la prevención la DEVAW establece la obligación de elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo, y de adoptar todas las medidas apropiadas para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos⁷⁸. En el ámbito de la investigación, la Declaración se limita a promover de forma genérica la investigación, la recogida de datos y la compilación de estadísticas, especialmente en lo concerniente a la violencia en el hogar⁷⁹. Para las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, esta obligación lleva implícita la creación de indicadores que cuantifiquen la violencia contra la mujer y la respuesta de los Estados, y ante la ausencia de indicadores internacionales específicos proponen aquellos que incidan sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos⁸⁰. En cuanto a la sanción y castigo de los actos violentos, la norma recoge que los Estados deben establecer en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios inflingidos a las mujeres que sean

⁷⁸ *Ibidem*, párrafos f) y j) del artículo 4.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo k) del artículo 4.

⁸⁰ A/HRC/7/6, 29 de enero de 2008. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, YAKIN ERTÜRK. *Vid.* Indicadores sobre la violencia contra la mujer y la respuesta de los Estados, párrafos 19 a 25. Algunos de estos indicadores son, por ejemplo, la definición de la violencia grave contra la mujer, un índice de feminicidios, y el indicador de la tolerancia social.

objeto de violencia⁸¹. En relación con la protección, la Declaración invita a los Estados a fomentar la protección de la mujer víctima de violencia, a considerar la posibilidad de elaborar planes de acción nacionales para promoverla, y a esforzarse por garantizar “en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan, y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada”⁸². Y, en materia de reparación, la norma obliga a los Estados a dar acceso a las mujeres víctimas de violencia a los mecanismos de justicia y, “con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño padecido”⁸³.

Los Estados no pueden escapar de su responsabilidad internacional en la erradicación de la violencia contra la mujer porque, como afirma Sanz Caballero, el Estado debe prevenir violaciones de los derechos humanos, sancionar los abusos y reparar a las víctimas. Por ello, tanto si la violencia es cometida por agentes del Estado “como si es consentida por él, de modo expreso o tácito, o aceptada en su connivencia, con su silencio, con su desinterés y pasividad a la hora de adoptar normas internas que prevengan los actos de violencia, castiguen a los abusadores y reparen a las víctimas, existe responsabilidad del Estado”⁸⁴.

El principio sobre el que se asienta la responsabilidad de los Estados por los actos de violencia contra la mujer proveniente del ámbito privado es el principio de la debida diligencia. Este principio puede poner de manifiesto un comportamiento del Estado que en combinación con la conducta lesiva de un particular de lugar a un hecho ilícito que acarree la responsabilidad de dicho Estado. Desde este punto de vista, la diligencia debida es un elemento fundamental para la protección de la integridad de la mujer que permite romper la tradicional división de la esfera pública y privada y que redefine las fronteras del canon tradicional de los derechos humanos. De ahí su importancia.

La DEVAW obliga a los Estados a proceder conforme a este principio en tres campos: la prevención, la investigación y el castigo de los actos violentos. Así, conforme al artículo 4c) de la Declaración, los Estados deben “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar, y *conforme a la legislación nacional*”⁸⁵ castigar

⁸¹ DEVAW, cit.supra, párrafo d) del artículo 4.

⁸² *Ibidem*, párrafos e) f) y g) del artículo 4.

⁸³ *Ibidem*, párrafo d) del artículo 4.

⁸⁴ Vid. SANZ CABALLERO, S.: *¿La violencia contra la mujer...*, op. cit. p.188.

⁸⁵ Entrecomillado propio.

todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”. El hecho de que la Declaración se remita al Derecho interno de cada país para que se puedan sancionar estas conductas es un aspecto muy significativo que debilita la fuerza de este instrumento jurídico, como han apuntado algunos autores. Charlesworth, por ejemplo, señala que este matiz reduce la importancia de la Declaración al preservar la esfera privada a la regulación nacional en la que la violencia contra la mujer recibe invariablemente una atención diferente y menor que la violencia contra los hombres⁸⁶. Por tanto, la remisión al Derecho interno que hace la DEVAW en la regulación de las obligaciones de los Estados debilita la protección internacional de los derechos de las mujeres frente a los actos de violencia, ya que deja en manos de estos el cumplimiento de importantes compromisos internacionales, propiciando vías de escape a su responsabilidad internacional que se convierten en un paraguas de impunidad.

La obligación de actuar conforme al principio de la debida diligencia no aparece recogida en la Convención CEDAW, aunque su Comité, en la Recomendación General número 19, sí se ocupa de ella. Y lo hace suprimiendo la remisión a la legislación nacional y extendiendo su aplicación a los ámbitos de la protección y la indemnización de los daños producidos por los actos violentos. Por tanto, si para la DEVAW los Estados únicamente deben proceder con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar, conforme a su legislación nacional, los actos violentos; para el Comité CEDAW, en cambio, los Estados deben actuar conforme a este principio, con independencia de lo que disponga su legislación nacional, para prevenir, investigar, sancionar, proteger y reparar los daños sufridos por las víctimas. La responsabilidad de los Estados se refuerza, pues, gracias al Comité CEDAW. La inclusión de estos cinco aspectos en el marco de la debida diligencia robustece las obligaciones de los Estados adquiridas en virtud de la DEVAW en cada uno de esos campos.

Ahondando en el principio de la debida diligencia como eje central de la responsabilidad de los Estados en esta materia, nos preguntamos cómo opera este principio en el Derecho Internacional y cuál es el contenido y alcance de las obligaciones que se derivan de él. Las respuestas a estas cuestiones vienen de la mano

⁸⁶ CHARLESWORTH, H: “Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law” en *Feminist Debates Around the Public and Private*, Thornton, M. (ed.), Melbourne/New York, Oxford University Press, 1995, pp. 243-260. Véase también: SULLIVAN, D.J.: “Women’s Human Rights and the 1993 World Conference on Human Rights” en *The American Journal of International Law*, vol. 88, nº. 1, 1994, pp. 152-167, p. 166; DÍEZ PERALTA, ..., op.cit., p.108.

de la mano de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), la doctrina, la jurisprudencia y los órganos de derechos humanos. Así, la CDI en los comentarios al artículo 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, hace alusión a la norma de la diligencia debida y señala que ésta es específica para cada contexto y depende de la norma jurídica internacional sustantiva en cuestión. Por tanto, según la CDI, no existe una norma general al respecto, de tal manera que la determinación de un hecho internacionalmente ilícito del Estado por aplicación de la norma de la diligencia debida corresponderá a la interpretación y aplicación de las normas sustantivas de que se trate en cada caso⁸⁷. Podemos decir pues, que no viene determinado en Derecho Internacional el contenido de las obligaciones que se derivan *a priori* del principio de la debida diligencia.

La doctrina recuerda que la noción de la debida diligencia sigue hoy por hoy sin ser definida en el Derecho Internacional, lo que unido a su propia naturaleza –se trata de un concepto relativo, indeterminado y elástico- ha propiciado que sea la jurisprudencia internacional la que haya asumido la labor de su interpretación y aplicación. Lorenzo Contreras entiende la noción de diligencia como un estándar y no como una regla de derecho rígida y precisa. El autor explica que esta noción no es de carácter autónomo, sino que opera como elemento delimitador del contenido y alcance de las obligaciones de hacer, y dentro de éstas de las obligaciones de proteger, en sus dos manifestaciones de prevención y castigo. En el marco de este tipo de obligaciones de comportamiento, el Estado se compromete a desarrollar una determinada conducta encaminada a lograr un resultado, cuya consecución no está garantizada -por contraposición a las obligaciones de resultado que el Estado garantiza la obtención de éste-. De esta manera, sólo si quedara demostrado que los órganos y autoridades estatales no han hecho uso diligente de los medios que tienen a su disposición, el Estado podría ser declarado responsable

⁸⁷ Conforme al artículo 2 de la Resolución 56/83 de la Asamblea General, hay hecho internacionalmente ilícito del Estado: “cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. La responsabilidad del Estado parte de dos principios fundamentales de carácter consuetudinario: a) el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes y de las personas que actúan en su nombre; b) la actuación de los particulares no genera responsabilidad internacional del Estado. El enfoque moderno de la responsabilidad de los Estados se encuentra en los proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Conforme al comentario 3) del artículo 2 relativo a los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado, la norma de la diligencia debida es específica para cada contexto y depende de la norma jurídica internacional sustantiva en cuestión. *Vid.* A/RES/56/83, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, cit. *supra*.

internacional por incumplimiento de su obligación de prevención⁸⁸. A nuestro juicio, en los supuestos en los que está en riesgo la vida de las mujeres por puro desinterés o pasividad de los Estados, este razonamiento, plagado de conceptos indeterminados (“uso diligente”, “medios a su alcance”), es insuficiente para llevar a cabo una protección efectiva del más importante de los derechos humanos como es el derecho a la vida. La DEVAW obliga a los Estados a erradicar la violencia contra la mujer, y esta obligación, además de implicar un comportamiento proactivo, debería implicar un resultado, de tal manera que los Estados deberían responder de forma objetiva en todos los casos en los que ese resultado no se logre cuando quede demostrado que no han llevado a efecto una aplicación efectiva de las normas internacionales.

Estamos de acuerdo con Jimenez García cuando afirma, tras el análisis de la emblemática sentencia de la CIDH recaída en los crímenes feminicidas de Ciudad Juárez, que el principio de la debida diligencia no cubre todas las situaciones posibles de atribución de responsabilidad a los Estados y que es preciso dar un paso más en este sentido. Para este autor, la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha introducido cambios sustanciales en el régimen general de la responsabilidad del Estado por actos cometidos por agentes no estatales y, apoyándose en las teorías desarrolladas por los Tribunales internacionales de derechos humanos, apuesta por nuevas figuras de atribución de responsabilidad como la complicidad pasiva o la comisión por omisión. Estas figuras tendrían especial aplicación en los supuestos en que el Estado teniendo conocimiento de la comisión del ilícito, no adopta medidas necesarias para impedir su continuidad, constituyendo tal omisión un elemento esencial y causal en la persistencia y sistematicidad del delito. De esta manera, la continuidad de su comisión sería imputable a la voluntad consciente del sujeto al que se exige actuar⁸⁹. En cualquier caso, en línea con la opinión de este autor y de las Relatoras Especiales de violencia contra la mujer, lo que queda claro, para nosotros, es que es preciso la ampliación del concepto de la debida diligencia a aspectos no contemplados en las

⁸⁸ LOZANO CONTRERAS, J.F: *La noción de la debida diligencia en el Derecho Internacional Público*, Barcelona Atelier, Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 59 y 191.

⁸⁹ JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez” en *REDI*, vol. LXIII (2011), 2, pp. 11 a 50. El autor reflexiona sobre la necesidad de ir más allá de la debida diligencia a propósito de los crímenes de Ciudad Juárez que dio lugar a la emblemática sentencia de la CorteIDH *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, y afirma que habría que establecer el momento crítico a partir del cual la obligación de prevención y garantía se transforma en complicidad y que se trataría de un supuesto similar al previsto en el artículo 11 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

normas vigentes -protección, reparación y control- y una nueva interpretación de las obligaciones de prevenir, proteger, enjuiciar e indemnizar derivadas de este principio para la protección efectiva de la integridad de la mujer.

La jurisprudencia internacional, particularmente el TEDH y la Corte IDH, en el contexto de la violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres basadas en su género, han desarrollado la teoría de las obligaciones positivas de prevención, garantía y sanción derivadas de los tratados de derechos humanos para declarar la responsabilidad del Estado respecto a los actos violentos contra la mujer cometidos por los particulares⁹⁰. Ambos tribunales reconocen que el principio de la debida diligencia está integrado en la obligación de prevención, que forma parte del deber general de protección de los derechos humanos, incluso frente a las conductas lesivas de los particulares. Los Estados no sólo tienen la obligación de prevenir los actos violentos contra la mujer, sino también de investigar diligentemente con los medios que tenga a su alcance, identificar a los responsables, imponerles sanciones y asegurar a las víctimas una reparación.

Los órganos de derechos humanos surgidos de los tratados -el Comité de Derechos Humanos, el Comité del PIDESC, Comité contra la Tortura y el Comité CEDAW -⁹¹ y los mecanismos extraconvencionales, en particular las Relatoras sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, también se han pronunciado sobre la noción de la debida diligencia en este contexto.

De manera particular, las Relatoras, prácticamente desde el inicio del mandato, han afirmado que “en el contexto de las normas recientemente adoptadas por la comunidad internacional, el Estado que no toma medidas para reprimir los actos de violencia contra la mujer es tan culpable como sus autores. Los Estados tienen la obligación positiva de impedir, investigar y castigar los delitos inherentes a la violencia

⁹⁰ Las sentencias más emblemáticas, a modo de ejemplo, son: *Case of Opuz v. Turkey* (Application no. 33401/02), 9 June 2009; y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

⁹¹ *Vid.* Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos: número 7 (1982) sobre la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; número 16 (1988) sobre el derecho a la intimidad; y número 31 sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (2004). Observaciones Generales del Comité CDESC: número 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada (1999) y número 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000). Observaciones Generales del Comité contra la Tortura: número 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes (2007). Comunicaciones Comité CEDAW: Comunicación número 5/2005 *Sahide Goekce (fallecida) contra Austria*, 6 de agosto 2007, Comunicación número 6/2005 *Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria*, 6 de agosto 2007, párrafo 12.

contra la mujer”⁹². En su labor de interpretación de la DEVAW han ampliado el marco de aplicación de la debida diligencia a aspectos no previstos inicialmente, como la protección, la reparación y el control de las obligaciones de los Estados. La ampliación del concepto de la debida diligencia llevado a cabo por las Relatoras se desvía de los postulados tradicionales sobre la responsabilidad internacional de los Estados, pero supone una evolución positiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia porque refuerza la protección de la integridad de las mujeres ante las lagunas que ofrece el Derecho Internacional.

El informe de 2006/61 sobre la norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, recoge pronunciamientos sustanciales sobre esta materia⁹³. Así, sobre el contenido de las obligaciones que se derivan de este principio, las Relatoras afirman que en este concepto subyacen los siguientes principios básicos: a) el carácter indelegable de la obligación del Estado de proceder conforme a la debida diligencia, aún en situaciones en que las funciones sean asumidas por otro Estado o por un agente no estatal; b) el principio de no discriminación, que implica que los Estados deben asumir la obligación de prevenir, investigar, castigar y proporcionar remedios contra la violencia doméstica con la misma decisión con la que combaten otras formas de violencia; c) el principio de buena fe con miras a prevenir y responder a la violencia contra la mujer; y d) la necesidad de garantizar que las intervenciones para la prevención y respuesta a la violencia contra la mujer se basen en datos empíricos y exactos⁹⁴. Algunos autores destacan que el contenido de las obligaciones estatales generadas por este principio sólo se ha establecido a través de las aportaciones de las Relatoras⁹⁵. En línea con la ampliación del concepto, las Relatoras han defendido su extensión en dos direcciones: a) la aplicación plena de las obligaciones de prevención e indemnización y el cumplimiento efectivo de las obligaciones de protección y sanción; y b) la inclusión de los agentes no estatales entre los agentes que tienen la obligación de responder a la violencia contra la mujer⁹⁶.

⁹² Vid. E/CN.4/1995/42, cit. supra, párrafo 72.

⁹³ Vid. E/CN.4/2006/61, 20 enero 2006, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer. “La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer”.

⁹⁴ *Ibidem*, párrafos 30 y ss.

⁹⁵ MERINO SANCHO, V: “Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer” en *Anuario de filosofía del derecho*, 2007, ANU-F-2007-10038700408, pp. 387-408, p. 403.

⁹⁶ Vid. E/CN.4/2006/61, cit. ut. supra, párrafo 59 y ss. La Relatora resume los obstáculos que impiden la protección plena de los derechos de las mujeres en los siguientes: la separación de la esfera pública y

Para las Relatoras, uno de los principales problemas para la erradicación de la violencia contra la mujer deriva del hecho de que la norma de la diligencia debida está centrada en la violencia como un acto aislado sin tener en cuenta los vínculos con la violación de otros derechos humanos, incluidos los principios generales de la igualdad de género y la no discriminación⁹⁷. En su opinión, el Estado debe actuar con la debida diligencia en todo el sistema y no sólo en la esfera individual de la víctima, asegurando un modelo integral y sostenido de prevención, protección, castigo y reparación de los actos de violencia contra la mujer⁹⁸.

Respecto a la obligación de reparar como parte del principio de actuación de la debida diligencia, ésta implica, según las Relatoras, el derecho de las mujeres a entablar acciones penales y civiles, y el derecho de las víctimas a recibir protección, apoyo y servicios de rehabilitación⁹⁹. En materia de reparaciones -señalan la Relatoras- no existe una teoría y una práctica coherentes en el Derecho Internacional. Tampoco el contenido de la obligación de reparar queda claro ni en los tratados de derechos humanos -que utilizan fórmulas vagas, como, por ejemplo, “satisfacción equitativa”, “si procede”-, ni en los informes de los organismos internacionales de derechos humanos que se limitan a recomendar el resarcimiento de las víctimas; razón por la cual las mujeres víctimas de violencia han recibido poca atención en lo que respecta a la reparación del daño sufrido¹⁰⁰. Una idea muy interesante que, a nuestro juicio, incorporan los informes de las Relatoras es el potencial transformador que deben incorporar las reparaciones. A su

privada, las políticas de identidad basadas en la especificidad cultural y la reestructuración de la economiamundial y el transnacionalismo.

⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 17. En opinión de la Relatora, en la práctica la respuesta a la cuestión de la violencia contra la mujer se ha fragmentado y su tratamiento se ha aislado de la cuestión más amplia de la igualdad de la mujer debido a una interpretación y aplicación restrictiva de las normas de derechos humanos.

⁹⁸ *Vid.* A/HRC/17/26, 2 de mayo de 2011, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, RASHIDA MANJOO, párrafos 99 y ss. El informe distingue dos categorías de la diligencia debida: la individual y la sistemática, y pone de manifiesto la utilidad de un enfoque holístico para abordar las interconexiones entre la violencia contra la mujer y las formas múltiples e interconectadas de discriminación. En un enfoque holístico se subraya la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; se sitúa la violencia contra la mujer en un continuo; se reconocen los aspectos y factores estructurales de la discriminación, que comprenden desigualdades estructurales e institucionales; y se analizan las jerarquías sociales y/o económicas entre las mujeres y los hombres y también entre las propias mujeres.

⁹⁹ *Vid.* A/HRC/14/22, 23 de abril de 2010, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, RASHIDA MANJOO.

¹⁰⁰ Una contribución importante en esta materia proviene de los Principios y Directrices aprobados en 2005 por la antigua Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones. Las Directrices identifican cinco modalidades de reparación: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición. Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/35, E/CN.4/2005/L.48. Principios y Directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

juicio, éstas no pueden devolver a las mujeres víctimas de violencia a la situación en la que se encontraban en el momento de sufrir la violencia, sino que deben “aspirar, en lo posible, a subvertir, en vez de apuntalar la inequidad estructural preexistente”¹⁰¹. Algunos autores señalan, en cambio, que la extensión de la operatividad del ámbito de la debida diligencia a las obligaciones de castigar y reparar se desvía de los parámetros tradicionales porque va más allá del sentido y alcance que le otorgan las normas generales sobre responsabilidad de los Estados¹⁰².

Podemos decir, pues, que la DEVAW recoge en el artículo 4 los compromisos y obligaciones internacionales que deben asumir los Estados para la erradicación de la violencia contra la mujer, y que éstas se extienden a todos los campos en los que es preciso intervenir para atajar la violencia y ofrecer una protección efectiva frente a ésta: la prevención, la investigación, la sanción, la protección y la reparación de los actos violentos. Si bien, su regulación presenta numerosas lagunas y deficiencias. A nuestro juicio, la manera laxa e indeterminada con la que la DEVAW establece estas obligaciones y compromisos internacionales constituye una gran debilidad de este instrumento que socava su fuerza y efectividad. Y ello, por tres razones principales: 1) por la remisión al Derecho interno para la determinación de importantes obligaciones internacionales, dejando en manos de los Estados, y a su criterio, el cumplimiento de éstas; 2) por la ambigüedad de los términos y expresiones utilizados a la hora de fijar las obligaciones –“recursos adecuados”, “medidas apropiadas”-; y 3) por la falta de exigibilidad directa de aquellas obligaciones respecto de los cuales la norma únicamente pide a los Estados que “consideren la posibilidad” de aplicarlas. No deja de ser un sin sentido que se quiera erradicar la violencia que tiene su origen en la discriminación contra la mujer limitándose a animar a los Estados a ratificar la Convención CEDAW, por ejemplo.

¹⁰¹ Vid. A/HRC/14/22, cit. supra, párrafos 12 y 31 y ss. El informe de la Relatora estudia dos supuestos distintos de reparaciones: las reparaciones a las mujeres víctimas de la violencia en países que están emergiendo de situaciones de conflicto o de represión autoritaria, y las reparaciones a las mujeres sujetas a violaciones sistemáticas en otras situaciones. En el primer caso, la Relatora defiende los sistemas administrativos de reparaciones como los más adecuados frente a los sistemas judiciales nacionales e internacionales por los impedimentos procesales que estos presentan. En el segundo caso, la Relatora se adentra en ciertas prácticas discriminatorias seguidas o condonadas por los Estados y las dificultades y obstáculos que encuentran las mujeres para obtener indemnización por vía judicial.

¹⁰² Para Lozano Contreras, la obligación de imponer sanciones e indemnizar a las víctimas se configuran como obligaciones de resultado por lo que encajarían mejor dentro de los supuestos de denegación de justicia. Vid. LOZANO CONTRERAS, op. cit. pp. 258 y 264.

El principio sobre el que se asienta la responsabilidad de los Estados en la erradicación de la violencia contra la mujer proveniente del ámbito privado es el principio de la debida diligencia, que no aparece recogido en ninguna norma de carácter vinculante, y que hoy por hoy sigue sin ser definido en el Derecho Internacional. Esta laguna ha sido suplida, principalmente, por los mecanismos de protección de derechos humanos y por la jurisprudencia internacional, que han interpretado y aplicado este principio ampliando de manera notable su alcance y el contenido de las obligaciones que lleva implícitas, que la DEVAW limita exclusivamente a la prevención, la investigación y el castigo –conforme a la legislación nacional- de los actos violentos. Desde este punto de vista, la labor de los tribunales y de los mecanismos universales de derechos humanos, con su interpretación extensiva de la diligencia debida, ha sido decisiva para reforzar las obligaciones de los Estados recogidas en la DEVAW, incluyendo el control de su cumplimiento.

El principio de la diligencia debida se convierte en un elemento fundamental para la protección de la integridad de la mujer que permite romper la tradicional división de la esfera pública y privada y que redefine las fronteras del canon tradicional de los derechos humanos. Algunos autores han puesto de manifiesto que este principio no cubre todas las situaciones posibles de atribución de responsabilidad a los Estados, y proponen la adopción de nuevas figuras como, por ejemplo, la complicidad pasiva o la comisión por omisión que encuentran encaje en el artículo 11 del proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Nosotros pensamos que la extensión de la debida diligencia a aspectos no contemplados por las normas internacionales que regulan la violencia contra la mujer - particularmente, la protección, la reparación y el control de las obligaciones-, y una nueva interpretación acorde con la realidad actual de las obligaciones de prevenir, proteger, enjuiciar e indemnizar, son factores fundamentales para la protección internacional de la integridad de las mujeres y las niñas. Por otro lado, compartimos la opinión de que es preciso dar un paso más e ir más allá de la debida diligencia en situaciones de violación sistemática y masiva de los derechos de las mujeres en los que está en riesgo su vida por puro desinterés o pasividad de los Estados. El principio de la debida diligencia es insuficiente en estos casos para la atribución de responsabilidad a los Estados por actos cometidos por agentes no estatales. El caso de los crímenes de Ciudad Juárez – ya juzgados por la Corte IDH- o los secuestros y violaciones de niñas perpetrados por el grupo Boko Haram -investigado en la actualidad en ocho potenciales

casos por la CPI-, ponen de manifiesto la insuficiencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para atribuir responsabilidad directa por tales hechos a México y Nigeria por su pasividad durante años frente a estas violaciones¹⁰³. Estas situaciones permiten hablar, además, de la existencia de un feminicidio como crimen internacional singularizado.

Pensamos que la DEVAW obliga a los Estados a erradicar la violencia contra la mujer y esta obligación, además de implicar un comportamiento proactivo de los Estados, debería implicar un resultado, de tal manera que éstos deberían responder de forma objetiva en todos los casos en que ese resultado no se logre cuando quede demostrado su inactividad o la falta de aplicación de las normas internacionales.

3.4.- El control y la aplicación de los principios de la DEVAW.

La DEVAW propugna la promoción de la cooperación internacional y regional, y la coordinación entre los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, a fin de que se aborde con eficacia la eliminación de la violencia contra la mujer. Así, conforme a su artículo 5, los órganos y organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, deberán contribuir, en sus respectivas esferas de competencia, al reconocimiento y ejercicio de los derechos y a la aplicación de los principios establecidos en la Declaración¹⁰⁴.

El control de la aplicación de estos principios, sin embargo, es bastante exiguo porque la Declaración no establece ningún mecanismo de control ni atribuye competencias de supervisión a ningún órgano. Podemos encontrar cierto atisbo de control en la obligación de incluir información sobre las medidas adoptadas para poner en práctica la Declaración en los informes que los Estados deben presentar en cumplimiento de los instrumentos de Naciones Unidas relativos a los derechos humanos¹⁰⁵. Se trata de una obligación muy genérica e imprecisa que no especifica ni los informes que deben recoger esa información ni el tipo y alcance de la información que los Estados deben proporcionar.

¹⁰³ Amnistía Internacional, informe sobre Nigeria 2017/2018, disponible en: <https://www.amnesty.org/es/countries/africa/nigeria/report-nigeria>. (última consulta 12/04/2019).

¹⁰⁴ DEVAW, cit. supra, artículo 5.

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 4 m).

Para Díez Peralta el único indicio del que se puede extraer una intención clara de que se quiere hacer un seguimiento de la aplicación de la Declaración procede de la creación en 1994 del mandato de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias¹⁰⁶. Ha sido precisamente este mecanismo extraconvencional el que se ha ocupado de manera particular del problema del seguimiento y control de la DEVAW y de la rendición de cuentas de los Estados. Para las Relatoras, a falta de un mecanismo propio de control, el principio de la debida diligencia se convierte en un instrumento útil para evaluar el cumplimiento eficaz de las obligaciones de los Estados¹⁰⁷. A su juicio, existen dos obstáculos que impiden la rendición de cuentas por parte de los Estados. Por una parte, el hecho de que los Estados no incluyen suficiente información sobre los procesos de seguimiento y evaluación de sus políticas, estrategias y planes de acción¹⁰⁸. Y, por otra, el hecho de que no exista ningún instrumento jurídicamente vinculante de ámbito universal sobre violencia contra la mujer que permita hacer un seguimiento de forma efectiva de la responsabilidad de los Estados en esta materia¹⁰⁹. De manera más concreta, señalan las siguientes dificultades que impiden la rendición de cuentas en esta materia: la falta de aceptación de la violencia contra la mujer como una cuestión de derechos humanos; las respuestas inadecuadas de los Estados a los organismos internacionales de derechos humanos; el esfuerzo mínimo que se hace para afrontar el problema de manera sistemática, global y sostenida; el tiempo, los esfuerzos y los recursos mínimos destinados al problema; la

¹⁰⁶ Vid. DÍEZ PERALTA, op.cit., p.108.

¹⁰⁷ A/HRC/23/49, 14 de mayo de 2013. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, RASHIDA MANJOO, párrafos 22 y 23. A juicio de la Relatora estas obligaciones incluyen: reconocer el problema; examinar las políticas vigentes para determinar las esferas problemáticas; modificar las leyes y las políticas para prevenir un daño o proteger un derecho; castigar y/o rehabilitar al autor; ofrecer una indemnización y otras medidas correctivas a la víctima; presentar un informe a un órgano internacional en relación con las medidas adoptadas para lograr el cumplimiento; y, en algunas ocasiones, el seguimiento de los casos y los indicadores para complementar y modificar ulteriormente las políticas. El informe destaca el ámbito de las empresas transnacionales como un ámbito concreto en el que el principio de la diligencia debida se ha desarrollado y aplicado a las violaciones de los derechos humanos, conforme a la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de 2011.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafos 41 a 68. La Relatora también señala otros aspectos en relación con la falta de respuesta de los Estados como, por ejemplo, las deficiencias en la respuesta inicial de las autoridades en caso de una llamada de emergencia y la falta de recursos suficientes. En el ámbito del procesamiento y castigo, la falta de formación apropiada de fiscales y jueces y la falta de especialización de los tribunales. En el área de los servicios sociales, la falta de formación de los empleados de estos servicios en violencia doméstica y en evaluación de riesgos que les ayude a decidir qué medidas son las adecuadas para proteger a las víctimas. En el ámbito de la recopilación de datos, la falta de sistemas de seguimiento y evaluación, que hace difícil evaluar la eficacia y la repercusión de las medidas e intervenciones adoptadas.

¹⁰⁹ La Sra. MANJOO ha defendido en numerosos foros públicos la necesidad de que Naciones Unidas adopte una convención internacional exhaustiva sobre violencia contra la mujer como vía para exigir responsabilidad a los Estados. ONU Mujeres, noticias, 1 noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2012/11> (última consulta 14/04/2019).

insuficiente atención que se dedica a la investigación de las pautas, causas y consecuencias de la violencia; la impunidad; y las sanciones que a menudo no reflejan la gravedad del delito cometido¹¹⁰.

La aplicación efectiva de las normas internacionales que protegen a la mujer frente a los actos violentos basados en su género es un desafío que persiste hoy día. En opinión de las Relatoras, pese al establecimiento de normas y la elaboración de un marco jurídico en esta materia el sistema falla en la aplicación práctica de dichas normas. Efectivamente, en la actualidad muchos países que suscriben los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y que se comprometen a respetarlos continúan justificando en razones culturales, tradicionales o religiosas las prácticas dañinas que atentan contra los derechos de las mujeres. Otros, aún no han incorporado en sus legislaciones penales diversas formas de violencia contra la mujer prohibidas y condenadas por la DEVAW. Las medidas aprobadas por el Parlamento ruso en relación con la despenalización de la violencia doméstica, que, a nuestro juicio, chocan frontalmente con las obligaciones internacionales asumidas por Rusia en la DEVAW y en otros instrumentos de derechos humanos, representan un ejemplo de lo que acabamos de decir¹¹¹.

Para lograr una aplicación efectiva de las normas internacionales, las Relatoras abogan por un enfoque múltiple, intersectorial e integral que promueva una respuesta global a la identificación, prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer en la que estén implicados los Estados, la comunidad y las propias

¹¹⁰ Vid. A/HRC/23/49, cit. supra, párrafos 69 a 77.

¹¹¹ Sobre la situación de la violencia doméstica en la Federación rusa se pronunció la segunda Relatora Especial, Sra. ERTÜRK, tras su misión y visita a este país. Los datos que ofrece la Relatora no dejan lugar a dudas del incremento del riesgo de violencia doméstica en la Federación rusa -14.000 mujeres asesinadas anualmente por sus maridos u otros familiares- a causa del resurgimiento de los valores patriarcales y la pérdida general de posición de las mujeres. Ante este panorama, la Relatora, recomendaba al gobierno ruso una reforma legislativa que incluyera una legislación específica sobre la violencia en el hogar. Sin embargo, pese a las advertencias y recomendaciones internacionales, la Federación rusa amparada en su legislación nacional ha desoído a los órganos de derechos humanos internacionales y ha adoptado una decisión interna contraria a sus compromisos derivados de la DEVAW, entre ellos, la adopción de medidas apropiadas para erradicar la violencia contra la mujer. Noticia aparecida el 27 de enero de 2017, disponible en: <https://www.efc.com/efe/espana/sociedad/putin-despenaliza-la-violencia-domestica-en-rusia/10004-3172088>; <http://www.elpais.com.uy/mundo/rusia-ley-despenaliza-violencia-domestica.html> (última consulta 14/04/2019). Vid. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. YAKIN ERTÜRK, Misión a la Federación de Rusia, E/CN.4/2006/61/Add.2, 26 de enero de 2006, párrafos 23 a 30 y 86. Según el informe, el 80% de los delitos violentos contra la mujer son casos de violencia doméstica. Entre 1994 y 2000, el número de casos notificados aumentó en un 217 por ciento. La situación se agrava ante la falta de estadísticas y la actitud de los agentes de la ley que consideraban que la violencia no es un crimen, sino un "asunto privado" entre los cónyuges.

mujeres¹¹². Este marco integral debe contemplar medidas legislativas, institucionales, de formación y capacitación, que tenga por objeto evitar una nueva victimización de la mujer y sucesivos actos de violencia contra ella, y debe aplicarse -y aquí está, a nuestro criterio, el *quid* de la cuestión- de manera que consiga una transformación social y el empoderamiento de la mujer, esto es, que se adentre en las causas estructurales de la violencia contra la mujer¹¹³. La aplicación de este enfoque holístico permite, entre otras cosas, la comprensión de las causas estructurales de la violencia y la intersección de los diferentes tipos de discriminación en la que ésta se produce, reforzando los mecanismos de protección de las víctimas y evitando su revictimización¹¹⁴.

En el terreno de la implementación de los principios derivados de la DEVAW, Meyersfeld asegura que hay evidencia de que ciertos Estados mejoraron su legislación y políticas de violencia doméstica en el período posterior a la DEVAW¹¹⁵. Nuestro país, por su parte, ha incorporado a su ordenamiento jurídico el concepto de violencia de género mediante la aprobación en 2004 -por unanimidad del Congreso de los Diputados- de la Ley Integral de Violencia de Género, inspirada, entre otras normas, en la DEVAW¹¹⁶. La ley tiene por objeto regular la violencia que “como manifestación de

¹¹² En el ámbito estatal la intervención debe dirigirse a la observancia del principio de la debida diligencia para proteger, prevenir, investigar y castigar jurídicamente a los autores de la violencia contra la mujer. En la comunidad la intervención debe llevarse a cabo ser a través de la “negociación cultural” para comprender las causas básicas de la violencia y sensibilizar sobre el carácter violento de ciertas prácticas llevadas a cabo en nombre de la cultura. Y en relación con las mujeres, debe potenciarse su papel mediante mecanismos de protección e indemnización. Estas estrategias deben complementarse con la garantía de acceso de la mujer a la justicia, la rendición de cuentas por parte de los Estados, el establecimiento de mecanismos de supervisión de las obligaciones internacionales y la utilización estratégica del mandato de la Relatora Especial. *Vid.* E/CN.4/2004/66, cit. supra, párrafo 52 y ss.

¹¹³ *Vid.* A/66/215, cit. supra, párrafo 77 y ss., y A/HRC/17/26, cit. supra, párrafo 20 y ss.

¹¹⁴ A/HRC/17/26, cit. ut supra, párrafos 79 y ss. Una perspectiva integral requiere tener en cuenta los siguientes elementos: la consideración de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos; la inserción de la violencia contra la mujer en un contexto más amplio que abarque la violencia interpersonal y estructural; la consideración de la discriminación tanto individual como estructural; y el análisis de las jerarquías sociales y económicas entre las mujeres, y entre las mujeres y los hombres. La adopción de una estrategia holística resulta necesaria, también, como consecuencia de la multiplicidad de formas de violencia contra la mujer, y la intersección de diferentes tipos de discriminación en la que a menudo esta violencia se produce. Gracias a este enfoque se puede poner de manifiesto aspectos cruciales de la discriminación y la desigualdad dentro del propio género -no se puede tratar a todas las mujeres de forma homogénea-, que, de otra manera, pueden permanecer invisibles.

¹¹⁵ MEYERSFELD, B.: “Domestic, Violence, Health, and International Law”, *Emory International Law Review*, Vol. 22, 2008, pp. 61-112. La autora examina los informes de tres países (México, Nicaragua y Suecia) presentados al Comité CEDAW antes y después de la DEVAW.

¹¹⁶ L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, (BOE núm. 313 de 29 diciembre 2004). Artículo 1. Como antecedentes de esta norma: la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003), la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reformó el Código Penal, y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”¹¹⁷. Esta violencia de género comprende, conforme al apartado 3 de su artículo 1, todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Entre las bondades de la ley española destacan su enfoque integral –la ley contempla además de medidas punitivas, aspectos institucionales, procedimentales y otros relacionados con la prevención, educación y asistencia a las víctimas-¹¹⁸ y su enfoque de género. En opinión de algunos autores, esta norma supone un punto de inflexión en el tratamiento jurídico de la violencia contra la mujer en España, que pasa a contemplarse como “un tipo específico de violencia social vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales o, lo que es igual, en pautas culturales que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”¹¹⁹. Otros autores ponen el acento en la visión preventiva como uno de los rasgos más importantes de la ley y, a la vez, de los menos desarrollados desde su entrada en vigor¹²⁰. Para la presidenta del Observatorio contra la Violencia Domestica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, la Ley Integral realiza un abordaje revolucionario para la erradicación de la

El detonante que cambió la percepción de la violencia machista en España fue el asesinato de Ana Orantes por su exmarido. A partir de este impactante suceso –Ana Orantes fue quemada viva en su casa– se emprendieron reformas legales que abocarían con el tiempo en la aprobación de la Ley Integral. Véase: https://politica.elpais.com/politica/2017/11/24/actualidad/1511548723_149638.html (última consulta 12/04/2019).

¹¹⁷ L.O. 1/2004, cit. supra, artículo 1. En 2015, el artículo 1 de la Ley Integral fue modificado para incluir a los menores como víctimas directas de la violencia de género, véase: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015).

¹¹⁸ La Ley Integral refuerza la tutela judicial con la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, órganos especializados del orden penal; y la tutela institucional con la creación de dos órganos administrativos: la Delegación Especial del Gobierno y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

¹¹⁹ LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género en la violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV- 2006, pp. 335-367. En el mismo sentido se expresa ORTUBAY FUENTES, M.: “Diez años de la “Ley Integral contra la violencia de género”: Luces y sombras” en *Revista Pensamiento Penal*, 10 abril de 2015pp. 1-31, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40872-diez-anos-ley-integral-contra-violencia-genero-luces-y-sombras> (última consulta 12/04/2019).

¹²⁰ LLORIA GARCÍA, P.: “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El Convenio de Estambul” en *La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común*, Coord. MARÍA CERVERA VALLTERRA, 2015, pp. 89 – 94; Vid. ORTUBAY FUENTES, op. cit. p. 10.

violencia contra las mujeres que le ha valido numerosos reconocimientos internacionales¹²¹.

Pese a los aplausos y reconocimientos que la Ley Integral ha suscitado en algunos sectores, la norma no está exenta de sombras y limitaciones. Las críticas que han suscitado mayor unanimidad se refieren al carácter restrictivo del concepto de violencia de género, circunscrito exclusivamente a las relaciones de intimidad, dejando fuera otras manifestaciones de violencia contra la mujer que se producen en el seno de la familia, fuera de la pareja¹²². Pero, la ley no sólo excluye la violencia en las relaciones interpersonales, también ignora otras muchas manifestaciones de violencia contra la mujer y prácticas nocivas, como, por ejemplo, la mutilación genital femenina o la agresión y explotación sexual, entre otras. La Ley Integral tampoco contempla la violencia económica dentro del concepto de violencia de género. El aspecto punitivo de la norma –la creación de figuras penales agravadas destinadas a proteger a la mujer frente a su agresor varón-¹²³, ha rodeado de polémica y discusión la aplicación de la ley, cuya constitucionalidad ha sido reiteradamente cuestionada alegando discriminación por razón de sexo en contra del varón, tal y como defendió el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de la norma¹²⁴. Estamos de acuerdo con los

¹²¹ CARMONA VERGARA, A.: “Reformas legislativas recientes sobre violencia de género”, 25 noviembre de 2015, en www.abogaciaespañola.es (última consulta 12/04/2019).

¹²² Una reciente decisión del Tribunal Supremo nos sirve como ejemplo para poner de manifiesto las limitaciones de la ley, además de las controversias que tras 14 años desde su aprobación se siguen generando en el ámbito judicial. Así, en la sentencia STS 3744/2017, el Tribunal no consideró que la agresión a una mujer constituyera violencia de género porque la relación que unía a la víctima con el agresor no duró más de 15 días, lo que hacía difícil, a juicio del tribunal, inducir una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, que es la que exige nuestra Ley Integral. El Ministerio Fiscal, en cambio, no opinó lo mismo y consideró que tras la Ley Integral la unión no tiene que ser estable ni tener una duración mínima, de tal modo que con una estabilidad de 15 días es posible hablar de una relación personal e íntima que traspase los límites de la relación de amistad. STS 3744/2017, de 25 de octubre de 2017. Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero.

¹²³ Prieto del Pino sintetiza las modificaciones introducidas por la Ley del siguiente modo: a) la creación de subtipos específicos que agravan la responsabilidad penal del varón *que maltrata de forma ocasional o lesiona* a una mujer a la que esté o haya estado ligado sentimentalmente; b) la agravación de la pena de las *amenazas leves* con armas cuando la víctima es alguno de los sujetos protegidos por el art. 173.2; c) la creación de un subtipo agravado en el delito de *coacciones*; d) la introducción de *atenuaciones* de la pena aplicables también a los nuevos subtipos agravados en los delitos de malos tratos ocasionales; e) *la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad* impuestas por delitos relacionados con la violencia de género pasan a tener un régimen específico orientado hacia la protección de la mujer y hacia el tratamiento psicológico y la reeducación del agresor; y f) la agravación de forma obligatoria de la pena prevista para el delito de *quebrantamiento de condena* (cursivas de la autora). PRIETO DEL PINO, A.M.: “Diez años de derecho penal español contra la violencia de género: maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja” en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, núm. 86, enero-junio 2016, Universidad EAFIT, pp. 115- 150, p. 125 y ss. Una reflexión sobre la creación de figuras delictivas específicas para proteger a la mujer frente a la violencia, en: LAURENZO COPELLO, P.: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres? en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 783-830.

¹²⁴ Consejo General del Poder Judicial, informe al “Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres” de 24 de junio de 2004, p. 15. El Tribunal Constitucional, a

autores que piensan que el gran enemigo de la aplicación de la tutela reforzada de la mujer que introduce la Ley Integral no es otro que la negativa a aceptar que la violencia de género es una categoría autónoma, con origen y rasgos propios y diferenciales, asociada a la posición de poder que todavía ocupan los hombres en la estructura social, y que, por ello, reclama un abordaje propio y diferenciado del resto de agresiones que sufren los hombres¹²⁵. Algunos autores han apuntado otros problemas y obstáculos en la aplicación de la ley, algunos de índole procesal como, por ejemplo, la necesidad de denuncia previa de la mujer para activar el sistema y obtener el apoyo de la norma¹²⁶.

Por tanto, la DEVAW no sólo pretende conseguir el compromiso de los Estados en la erradicación de la violencia contra la mujer, sino también el de la comunidad internacional en su conjunto. El compromiso en esta materia es global e implica a todos los actores internacionales, incluidos los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas que están obligados a contribuir, en sus respectivas esferas de competencia, a la aplicación de los principios establecidos en la Declaración.

La Declaración carece de un mecanismo de control y supervisión específico, lo que dificulta la rendición de cuentas por parte de los Estados y demás agentes responsables de su cumplimiento. Un acercamiento a lo que pudiera ser un mecanismo de control, como ha señalado la doctrina, es la creación del mandato de las Relatoras Especiales sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, si bien, los informes de las Relatoras carecen de fuerza jurídica vinculante para los Estados. La ausencia de un mecanismo de control propio y la naturaleza no vinculante de la

propósito de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, declaró que no existe discriminación por razón de sexo en el artículo 153.1 del Código Penal modificado por la Ley Integral de Género en relación con la condición necesariamente femenina de la víctima y masculina del agresor como elemento de agravación de la pena. STC 59/2008 de 14 de mayo. Fundamento Jurídico 9º.

¹²⁵ Para Ortubay Fuentes, las críticas que suscitó la denominación de la ley, no sólo demuestran la ignorancia –e incluso el desprecio– de los análisis políticos y jurídicos desarrollados por la teoría feminista y los llamados “Estudios de género”, sino que en el fondo suponen una reacción hacia los avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres. *Vid.* ORTUBAY FUENTES, *Diez años de la “Ley Integral...”* op. cit., p. 12. La jurisprudencia española no se ha mantenido al margen del cuestionamiento social y de parte de la doctrina científica de muchos aspectos de la Ley Integral, debido a la incompresión o resistencia a reconocer que la violencia de género existe como un problema social vinculado al sexo de la víctima, esto es, al hecho de ser mujer. Prieto del Pino opina que desde este punto de vista se pueden explicar las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los jueces contra algún precepto de la ley, o algunas decisiones judiciales que se han servido de la Ley Integral como una vía para ahondar en la discriminación de la mujer. *Vid.* PRIETO DEL PINO, op. cit. pp. 136 a 142.

¹²⁶ *Vid.* ORTUBAY FUENTES, M.: “Diez años de la “Ley Integral...”, op. cit., pp. 16 a 28. Véase también; ORTUBAY FUENTES, M.: “Cuando la respuesta penal a la violencia sexista se vuelve contra las mujeres: las contradenuncias” en *Oñati Socio-Legal Series*, v.5, núm. 2 (2015), pp. 645-668.

Declaración suponen obstáculos insalvables, a nuestro modo de ver, para la aplicación efectiva de la norma, que sigue siendo uno de los desafíos pendientes en la actualidad.

4.- EL MECANISMO ESPECIAL DE PROTECCIÓN: EL MANDATO DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS.

La creación de la Relatoría Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias como mecanismo especial de protección de derechos humanos responde a dos ideas clave: 1) la integración de los derechos de las mujeres en los mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas – éste es el título de la Resolución que crea el mandato y que da a entender que hasta ese momento no formaban parte de los mecanismos universales de protección-, y 2) la necesidad de intensificar los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer en todas las situaciones -de paz y de conflicto armado-, ámbitos -privado y público-, y espacios -familia, comunidad y Estado-. Con esta perspectiva, la figura de la Relatora se encarga de compilar y analizar información sobre la violencia contra la mujer en todos los países miembros de las Naciones Unidas. Su mandato pues, es universal, a diferencia de los procedimientos establecidos convencionalmente que vinculan exclusivamente a los Estados Partes en los tratados¹²⁷.

La Sra. Coomaraswamy -primera Relatora Especial- describió los dos componentes que, a su entender, comprendía su mandato: por una parte, la determinación de los elementos del problema, de las normas jurídicas internacionales aplicables y el estudio de los incidentes y cuestiones relacionadas con las esferas problemáticas. Y, por otra parte, la investigación de las denuncias que las partes interesadas les presenten¹²⁸.

¹²⁷ A raíz de la celebración de la Conferencia de Viena de Derechos Humanos, la antigua Comisión de Derechos Humanos mediante la Resolución 1993/46 estableció como mecanismo especial de protección de derechos la Relatoría Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. E/CN.4 RES 1993/46, 8 de marzo y E/CN.4 RES 1994/45, 4 de marzo, “La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer”, párrafos 1 a 5. Tras la creación del Consejo de Derechos Humanos en 2006, éste se hizo cargo de los procedimientos especiales, entre ellos, el mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Desde la creación del mandato cuatro mujeres han ocupado este cargo: RADHIKA COOMARASWAMY, YAKIN ERTÜRK, RASHIDA MANJOO Y DUBRAVKA SIMONOVIC. Los mandatos de la Relatora Especial han sido prorrogados por el Consejo en sucesivas Resoluciones. Resoluciones A/HRC/RES/7/24, A/HRC/RES/14/2, A/HRC/RES/16/7, A/HRC/RES/17/11, A/HRC/RES/20/12 y A/HRC/RES/23/25.

¹²⁸ E/CN.4/1995/42, Informe preliminar... cit. supra, párrafo 8. En el ejercicio de su mandato, las Relatoras Especiales se han ocupado de recabar y recibir información sobre violencia contra la mujer de

El establecimiento de una Relatoría Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, se incardina dentro de los procedimientos extra convencionales de protección internacional de los derechos humanos de carácter unipersonal y temático, esto es, referido a fenómenos o temas que requieren ser investigados por su especial gravedad. Su fundamento jurídico es la Resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social que introdujo un procedimiento público en el que la extinta Comisión de Derechos Humanos podía decidir establecer un órgano especial de investigación sin necesidad del consentimiento del Estado sometido a control¹²⁹. Como mecanismo extraconvencional comparte las características, ventajas y limitaciones de este tipo de procedimientos especiales: el consentimiento de los Estados no es decisivo para el desarrollo de su labor -salvo para la realización de visitas *in loco*-; los requisitos de admisibilidad de las quejas o comunicaciones individuales son más flexibles; y el marco jurídico de referencia para determinar si existen o no violaciones de derechos humanos no es un tratado específico. En el caso de las Relatoras, la norma principal en la que fundamentan su labor es la DEVAW que carece de carácter vinculante, aunque el marco jurídico en el que se apoyan incluye la Convención CEDAW, los documentos surgidos de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la DUDH y, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos¹³⁰. La debilidad de este marco jurídico, marcada por el hecho de que muchos de estos instrumentos no son jurídicamente vinculantes, impide, para algunos autores, que se le puedan atribuir a las Relatoras funciones en relación con la condena a los Estados que infringen sus obligaciones internacionales en materia de violencia contra la mujer¹³¹.

En relación con sus limitaciones, la figura de las Relatoras presenta las mismas que la doctrina ha señalado en relación con los mecanismos extraconvencionales en general: a) el carácter político e intergubernamental de la instancia que los crea -en este

los gobiernos, de los órganos creados en virtud de los tratados y demás mecanismos de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, así como, de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, incluidas las organizaciones de mujeres. Como parte de su actividad realizan misiones especiales a los países, elaboran informes temáticos y efectúan recomendaciones a los Estados y demás agentes internacionales sobre las medidas y disposiciones que considere necesarias para lograr la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer. Los informes de las Relatoras y las misiones a los diferentes países están disponibles en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=106 (última consulta 14/04/2019).

¹²⁹ Un resumen de los mecanismos convencionales y extra convencionales del sistema universal de protección de derechos humanos en BREGAGLIO, R.: "Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos" en *Manual de Protección Multinivel de Derechos Humanos. Red de derechos humanos y Educación Superior*, Lima, 2013. Vid. Resolución 1235 (XLII) ECOSOC, 6 junio 1967.

¹³⁰ E/CN.4 RES 1994/45, 4 de marzo. Preámbulo.

¹³¹ Vid. MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit. p. 97.

caso, la extinta Comisión de Derechos Humanos- a diferencia de los órganos de control instituidos por los tratados de derechos humanos que están integrados por expertos independientes; b) el tratamiento global, no individualizado, que reciben las comunicaciones y quejas de los particulares, que son consideradas en masa e interesan únicamente en la medida en que, por su gravedad e importancia, reflejen situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos; y, c) lo que el profesor Carrillo Salcedo denomina la menor densidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el plano institucional en comparación con el plano normativo debido fundamentalmente a la relevancia de la soberanía estatal¹³². A estas limitaciones generales podemos sumar otras más específicas. La primera de ellas, fundamental para nosotros, es el carácter temporal del mandato de las Relatoras que no asegura su continuidad en el tiempo y que requiere de prórrogas sucesivas para su mantenimiento. Esta transitoriedad propia de los mecanismos de protección que no están integrados ni han sido creados por ningún tratado, convierte en volátil la garantía de protección que ofrecen porque en cualquier momento el mecanismo puede desaparecer. La segunda deriva del hecho de que la labor de las Relatoras no tiene carácter revisor, no es un mecanismo propio de seguimiento y control de las obligaciones estatales y, por tanto, no puede efectuar condenas a los Estados ante los incumplimientos de sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, aunque las Relatoras no son una instancia de autoridad internacional, porque -como señala el profesor Carrillo Salcedo- la estructura de la comunidad internacional sigue siendo fundamentalmente interestatal, estos mecanismos extraconvencionales en los que se incardinan los mandatos de las Relatoras tienen voluntad propia -como también apunta el profesor- y representan jalones de progreso y pasos importantes en el proceso de institucionalización de la comunidad internacional¹³³. De manera particular algunos autores han puesto en valor las aportaciones de las Relatoras al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, afirmando que han contribuido a su “(re)construcción teórica y su promoción y protección efectiva”. La incorporación de las experiencias de las mujeres en el lenguaje, los mecanismos y las instituciones jurídicas y el reconocimiento del sistema

¹³² CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo”, Tecnos (2ª ed.), Madrid, 2001, pp. 108 a 120. A juicio del profesor Carrillo Salcedo, el desarrollo de estos mecanismos internacionales de garantía y control del cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos -el plano institucional- es sensiblemente menor que el desarrollo del plano normativo.

¹³³ *Ibidem*, pp. 109-110.

sexo/género que puede generar relaciones de opresión y violencia específica hacia las mujeres, son las aportaciones de las Relatoras que invalidan el modelo asimilacionista que había configurado el sistema de derechos humanos de las mujeres hasta la aprobación de la DEVAW¹³⁴.

El carácter universal de esta figura de perfil predominantemente técnico e investigador, unido al hecho de que su labor se sustenta en un procedimiento público - de los denominados no confidenciales en cuanto al tratamiento del resultado de la investigación-, convierten a las Relatoras Especiales en un referente universal para el conocimiento y estudio de la violencia contra la mujer. Por otro lado, es importante resaltar que su actividad no se limita a la mera descripción y denuncia de situaciones de violencia, sino que se adentra en las causas de esta violencia, lo que le añade, a nuestro parecer, una cualidad extraordinaria, porque atender a las causas de la violencia permite distinguir la violencia contra la mujer de otros tipos de violencia y hacer frente a las estructuras de poder que originan esta violencia específica. Con este enfoque, las Relatoras llevan a cabo su trabajo con una auténtica vocación transformadora de la realidad. Algunos autores han señalado que pueden deconstruir el marco conceptual de referencia en materia de violencia contra la mujer, en el sentido de evitar cualquier posible homogeneización o rigidez conceptual que pueda excluir las experiencias de las propias mujeres, precisamente porque no pierden de vista que este tipo de violencia se manifiesta de diferentes maneras en función del contexto donde se produce, impidiendo que se pueda configurar como un concepto único y cerrado¹³⁵.

La labor de las Relatoras se plasma en sus informes, herramientas básicas para conocer el alcance del problema de la violencia contra la mujer en el mundo y el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia. Estos informes ayudan a proporcionar un marco para abordar las distintas formas de violencia de género mediante el análisis de sus causas y consecuencias, aportan una base empírica para la formulación de políticas, y orientan a la comunidad internacional para la perfección de las normas de Derecho Internacional¹³⁶. Los informes llevan a

¹³⁴ Vid. MERINO SANCHO, V: *Aportaciones conceptuales...* op.cit. pp. 395 y 405. Afirma el autor que la DEVAW supera el modelo asimilacionista sobre el que se había configurado, hasta su aprobación, el sistema de derechos humanos de las mujeres iniciado con la Convención CEDAW, basada en este modelo. Dicho modelo implica la asunción de un posicionamiento neutro respecto de los sujetos de derechos. Ferrajoli define el modelo asimilacionista como el de la homologación jurídica de las diferencias. Vid. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3ª ed. Trotta, 2002, p. 75.

¹³⁵ Vid. MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit. p. 98.

¹³⁶ Vid. A/66/215, cit. supra, párrafo 20.

cabo una importante labor de interpretación de la DEVAW que extiende su contenido a aspectos no contemplados inicialmente en la norma. Así ha ocurrido con aspectos claves relacionados con el concepto de violencia y las obligaciones de los Estados, en particular sobre la aplicación del principio de la diligencia debida. La necesaria revisión de estos conceptos por parte de un organismo institucional que forma parte del sistema universal de protección de los derechos humanos es, sin duda, una de las contribuciones más relevantes del trabajo de las Relatoras, que, para los autores, pone de manifiesto la articulación de un discurso autónomo partiendo de una concepción de la violencia que no olvida los caracteres propios de una violencia sexista¹³⁷. En definitiva, los informes de las Relatoras han incidido de manera notable en el sistema general de derechos humanos, en particular han actualizado la Declaración y enriquecido su contenido hasta tal punto que no es posible, a nuestro parecer, abordar el estudio de la DEVAW sin complementarlo con estos documentos. No obstante, pese a la relevancia de los informes de las Relatoras no podemos perder de vista su naturaleza recomendatoria que limita de manera considerable su efectividad.

Las Naciones Unidas han examinado el mandato de las Relatoras apreciando el avance que ha supuesto la creación de este mecanismo especial¹³⁸. De manera resumida podemos esbozar los hitos más significativos de los cuatro mandatos que se han sucedido hasta el momento actual. Así, la primera Relatora recomendó que los Estados tipificaran como delito todas las manifestaciones de la violencia contra la mujer, incluida la violencia perpetrada bajo la apariencia de prácticas culturales, y pidió una mayor responsabilidad de los Estados en la protección de las mujeres víctimas de la trata y la migración forzada o bajo coacción. La Relatora abogó por un enfoque amplio que percibiera la violencia contra la mujer como un "problema sanitario, jurídico, económico, de desarrollo y de derechos humanos", y llevó a cabo una delimitación conceptual de la violencia contra las mujeres afirmando su especificidad -violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres-, y su objetivo -el

¹³⁷ Vid. MERINO SANCHO, *Aportaciones conceptuales...* op.cit. pp. 396 y 397.

¹³⁸ Vid. A/HRC/11/6/Add.5, 27 de mayo de 2009, "15 years of the United Nations Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences (1994-2009): a critical review". Un extracto del examen en A/HRC/26/38, cit. supra, párrafos 51 a 60. Los informes temáticos de las Relatoras han ampliado el alcance de su mandato para examinar la interrelación y la continuidad de la violencia en las esferas pública y privada, centrándose en particular en la raza, el origen étnico, la cultura, la migración, la trata y el empoderamiento económico. Las titulares de los mandatos han señalado cómo los enfoques tradicionales de la violencia, junto con políticas ineficaces y discriminatorias, así como los procesos judiciales con sesgo de género, impiden que las mujeres puedan acceder a la justicia y obtener una reparación efectiva.

mantenimiento del control y del poder del sistema legitimador de esa violencia-. También examinó la cuestión de la protección y los recursos jurídicos en el caso de la violencia en situaciones de conflicto armado, pidiendo la inclusión de disposiciones y procedimientos con perspectiva género en la Corte Penal Internacional¹³⁹.

La segunda Relatora, por su parte, sacó a colación el debate sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres y la forma en que la negación de estos derechos contribuye a la discriminación y la violencia contra la mujer. También evaluó las relaciones de poder y los argumentos relativistas culturales que pretendían disculpar la violencia¹⁴⁰.

La tercera Relatora estudió los aspectos menos convencionales de la violencia contra la mujer, tales como, las reparaciones para las víctimas de la violencia o el proceso continuo de la violencia desde el hogar hasta el ámbito transnacional. Siguió desarrollando el principio de la debida diligencia como marco jurídico para la eliminación de la violencia contra la mujer. También observó una falta de respuesta a las formas múltiples e interconectadas de discriminación entre los géneros y dentro del propio género, y su nexo con la violencia, y señaló que el no tener en cuenta estas intersecciones afectaba a la formulación de políticas y reducía la capacidad de evaluación del modo en que las mujeres que ocupaban posiciones diversas experimentaban la discriminación y la violencia. Tras la renovación de su mandato, trató dos cuestiones que no se habían abordado hasta ese momento, tales como, la violencia contra las mujeres con discapacidad y la violencia en el contexto de las mujeres encarceladas¹⁴¹. Resulta interesante destacar los grandes desafíos pendientes que la tercera Relatora apuntó en uno de sus últimos informes porque persisten en la actualidad¹⁴². Los retos de futuro que, a su juicio, deben afrontarse son: el cambio a la

¹³⁹ Vid. A/HRC/26/38, cit. supra, párrafo 53, y E/CN.4/2003/75, cit. supra, p. 1. En su informe final la Relatora señaló que durante su mandato los mayores logros se habían conseguido en torno a "la sensibilización y la fijación de normas", pero a pesar de ello muy poco había cambiado en la vida de la mayoría de las mujeres.

¹⁴⁰ A/HRC/26/38, cit. supra, párrafos 54 y 55. Al situar los derechos humanos de la mujer en un contexto político neoliberal, la Relatora expresó su preocupación por la desvinculación entre la forma en que los Estados consideraban la violencia contra la mujer y la manera en que abordaban la desigualdad de género en general. A su juicio, las mujeres no tenían los mismos derechos económicos y sociales que los hombres, ni tenían el mismo acceso a los recursos productivos, y explicó cómo los mercados de capital exacerbaban la desigualdad social y política de las mujeres de forma que tenía repercusiones en el disfrute de sus derechos.

¹⁴¹ *Ibidem*, párrafos 56 a 60.

¹⁴² *Ibidem*, párrafos 61 a 75.

neutralidad; la persistente dicotomía entre el ámbito público y privado¹⁴³; la responsabilidad e impunidad de los Estados; la ausencia de soluciones con potencial transformador¹⁴⁴; las medidas de austeridad y recortes en gastos sociales¹⁴⁵; el vacío normativo por la ausencia de un instrumento jurídico vinculante¹⁴⁶; y los cambios de orientación en la concepción de las cuestiones de género hacia hombres y niños¹⁴⁷.

De todos ellos nos interesa detenernos en el concepto de neutralidad, por el carácter subversivo que presenta. La neutralidad -explica la Relatora- entiende la violencia como un fenómeno al que todos podemos estar expuestos, hombres y mujeres, y frente al que todos somos dignos de protección. Esta teoría sugiere que los hombres que han sido víctimas de la violencia precisan y merecen recursos comparables a los que se ofrecen a las mujeres en igual situación, obviando la realidad de que la violencia contra los hombres no se produce como consecuencia de la desigualdad y discriminación, que no es sistémica ni alcanza la categoría de pandemia como en el caso de las mujeres. Esto tiene que ver, a su juicio, con una concepción del género políticamente correcta que omite su significado como sistema de dominación del

¹⁴³ La dicotomía entre el ámbito público y privado que relega a la mujer a la esfera privada se ve reforzada por la desigualdad salarial por razón de género; la "doble carga" que impone la producción y la reproducción y los sistemas jurídicos o de tutela concebidos expresamente para restringir el acceso de la mujer a la esfera pública.

¹⁴⁴ Las soluciones con potencial transformador requieren que se reconozca la naturaleza sistémica, y no individual, del problema de la violencia contra la mujer. Al hilo de esta idea la Relatora habla de lo que considera un problema, a saber, el establecimiento de diferentes categorías de violencia contra la mujer, en particular a través de iniciativas políticas y de financiación. Y pone como ejemplo de ello, la violencia sexual en situaciones de conflicto a la que se le ha otorgado una prioridad que ha suscitado preocupación entre los defensores de los derechos de la mujer, porque soslaya y olvida "las "batallas" menores que mujeres y niñas libran a diario en sus hogares y comunidades."

¹⁴⁵ Las medidas de austeridad y los recortes en los gastos destinados a servicios sociales a consecuencia de la crisis financiera, repercute de manera importante en los recursos disponibles para la eliminación de la violencia contra la mujer.

¹⁴⁶ La ausencia de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la violencia contra la mujer impide, en su opinión, que la violencia contra la mujer se plantee como una violación de los derechos humanos propiamente dicha; que incluya todas las manifestaciones de violencia contra las mujeres; y que recoja con toda claridad la obligación de los Estados de actuar con la diligencia debida para eliminar este tipo de violencia.

¹⁴⁷ El cambio de orientación hacia hombres y niños en las respuestas a las cuestiones de género, en el que se abandona el enfoque de género que hace referencia a las nociones de privilegio masculino y subordinación femenina, ha atraído de forma amplia fondos, reconocimiento y apoyo político a organizaciones especializadas de hombres que abanderan iniciativas sobre la igualdad de género y la eliminación de la violencia contra la mujer. El cambio de paradigma preocupa a la Relatora por los siguientes motivos: a) porque resulta contradictorio que las organizaciones que invocan con más fuerza la participación de hombres y de niños pertenezcan a un grupo muy reducido de hombres vinculados a las principales organizaciones que promueven la agenda de hombres y niños; b) porque a veces se funden y confunden la violencia contra la mujer con los intereses propios de hombres y niños; y c) porque un análisis de los mandatos y principios de las organizaciones que fomentan la participación de hombres y niños en los esfuerzos por eliminar la violencia contra la mujer revela una serie de contradicciones internas que comprometen la comprensión de los principios fundacionales vinculados a los derechos humanos de la mujer.

hombre sobre la mujer. Sin embargo, secundando la opinión de la Relatora, esta interpretación es contraria a los tratados y normas internacionales de derechos humanos que regulan la materia y que disponen explícitamente que la violencia contra la mujer es una manifestación histórica de las relaciones de poder entre hombres y mujeres que sitúan a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres. De esta manera, en palabras de la Relatora “cualquier intento de unificar o sintetizar todas las formas de violencia en un marco “neutral en cuanto al género” tiende a derivar en un discurso despolitizado y diluido que se aleja de la agenda transformativa.”

Finalmente, la cuarta Relatora, la actual titular del mandato, se ha ocupado del feminicidio o asesinato de mujeres por razones de género, proponiendo el establecimiento de un Observatorio contra el feminicidio de ámbito mundial, regional y nacional; la violencia en línea contra las mujeres y las niñas como una forma de violencia por razón de género contra la mujer que debe enmarcarse en el contexto más amplio de los derechos humanos relativos a la discriminación estructural, la violencia contra la mujer y las desigualdades; y la violencia contra la mujer en la política, sus diferentes manifestaciones y los marcos normativos y mecanismos independientes para combatirla¹⁴⁸.

Cabe, pues, subrayar que el establecimiento de una Relatoría Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y su enclave como mecanismo extra convencional de control y protección de los derechos humanos, constituye sin duda un avance en la protección internacional de la integridad física y moral de la mujer. Su carácter universal, el hecho de que pueda desarrollar su labor sin necesidad de recabar el consentimiento de los Estados y el carácter público de su actividad que no se limita a la mera descripción y denuncia de situaciones de violencia, sino que se adentra necesariamente en sus raíces, en sus causas y consecuencias, convierten a este mecanismo es una pieza clave en el estudio y comprensión de la violencia contra la

¹⁴⁸ Vid. A/HRC/38/47, 18 de junio de 2018, Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, párrafos 23 y 90, y A/73/301, 6 de agosto de 2018, “La violencia contra la mujer en la política”. La Relatora define la violencia en línea como “todo acto de violencia por razón de género contra la mujer cometido con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las TIC, o agravado por este, como los teléfonos móviles y los teléfonos inteligentes, Internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico, dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”.

mujer en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien, esta figura adolece de las limitaciones propias de los procedimientos que no nacen de los tratados, entre ellas, su carácter temporal, que no asegura su continuidad en el tiempo y requiere de prórrogas sucesivas de los mandatos; su menor desarrollo en relación con los mecanismos instituidos en el plano normativo; y la carencia de un poder revisor que le permita efectuar condenas a los Estados ante los incumplimientos de sus obligaciones internacionales. Otra de las debilidades que encontramos en esta figura deriva del marco jurídico que sustenta su actividad que está conformado por instrumentos jurídicos, en su mayoría no vinculantes para los Estados. A nuestro modo de ver, la carencia de un instrumento de carácter vinculante y ámbito universal específico sobre violencia contra la mujer resta eficacia a la labor de las Relatoras Especiales que no pueden ir más allá del terreno de las meras recomendaciones para que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales en materia de violencia contra la mujer.

Pese a su carácter no vinculante y naturaleza meramente recomendatoria, el *corpus* de informes de las cuatro Relatoras Especiales que han ocupado este cargo tiene un valor fundamental en el estudio de la protección internacional de la integridad física y moral de las mujeres. En sus informes las Relatoras han llevado a cabo una importante labor de interpretación de la DEVAW, delimitando su alcance y extendiendo su contenido a aspectos no contemplados en la norma. En definitiva, los informes de las Relatoras han actualizado la Declaración y enriquecido su contenido hasta el punto de que sus pronunciamientos contribuyen a la fijación de los estándares internacionales en la materia, lo que permite que se conviertan en un futuro en el sustrato para la creación de auténticas normas consuetudinarias. Pensamos que el sistema de derechos humanos en lo que concierne a la protección de la integridad física y moral de la mujer debe articularse a la luz de estos informes.

5.- ¿HACIA UN NUEVO INSTRUMENTO JURÍDICO VINCULANTE?

Para algunos autores la DEVAW es la mejor muestra de la insuficiencia del sistema de protección de derechos humanos en materia de violencia contra la mujer. Otros señalan que el problema de la violencia y la protección de los derechos de la mujer aún

no han recibido la prioridad que merece ni en la agenda de los Estados ni en la del Derecho Internacional¹⁴⁹.

Podemos resumir las deficiencias e insuficiencias del sistema universal de protección de derechos humanos en esta materia en los siguientes puntos:

- El actual marco jurídico que regula la violencia contra la mujer está fragmentado y desconectado y se caracteriza fundamentalmente por el recurso a las normas de *soft law*.
- El concepto de violencia contra la mujer carece de una definición universalmente aceptada y vinculante, lo que crea confusiones e indeterminación que se acentúa cuando se incorpora la noción de género.
- No hay un catálogo claro de obligaciones exigibles directamente a los Estados para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, estando muchas de ellas condicionadas a lo que determine el Derecho interno de cada país.
- El fundamento de la responsabilidad de los Estados por actos violentos de los particulares se basa en el principio de la debida diligencia, un concepto indeterminado que no ha sido regulado por el Derecho Internacional.

Estas lagunas, que favorecen una deficiente protección internacional de la integridad de la mujer, han propiciado un interesante debate en torno a la necesidad de aprobación de un nuevo instrumento jurídico vinculante de ámbito universal que regule específicamente la violencia contra la mujer basada en su género. En este debate participa la doctrina y los mecanismos de derechos humanos sin que exista una opinión unánime al respecto, aunque sí es cierto que todos ponen de manifiesto la necesidad de mejorar y reforzar el marco jurídico actual.

Por lo que respecta a la doctrina, las respuestas se centran en dos puntos: a) la potenciación del marco jurídico actual, y b) la celebración de un nuevo tratado internacional de ámbito universal. Así, para Díez Peralta, el hecho de que la DEVAW carezca de fuerza vinculante no le resta cierto valor jurídico, político y sobre todo moral; si bien, afirma que esta norma podría constituir una buena base para la celebración de un tratado internacional de ámbito universal que proscriba todas las

¹⁴⁹ Vid. MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit. p. 93; SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...*, op. cit. p.193.

formas de violencia contra las mujeres¹⁵⁰. Abril Stoffels ha planteado la necesidad de aprobar un Protocolo a la Convención CEDAW relativo a la violencia contra la mujer¹⁵¹. Charleswoth y Chinkin defienden el potencial de la DEVAW como norma que puede generar una práctica estatal y una *opinio iuris* que podría cristalizar en una costumbre internacional, por el hecho de haber sido adoptada por la técnica del consenso¹⁵². En esta misma línea, el Comité CEDAW afirma en la Recomendación General número 35 que “la *opinio juris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del Derecho Internacional consuetudinario”¹⁵³. Meyersfeld, en cambio, en su trabajo sobre la violencia doméstica, no encuentra evidencias concluyentes de que exista una norma de Derecho Internacional consuetudinario plenamente desarrollada que prohíba este tipo de violencia, y sostiene, al llevar a cabo un análisis de la práctica y de la *opinio iuris* necesaria, que todavía estamos en proceso de construcción de esta nueva costumbre internacional¹⁵⁴. Otros autores proponen una interpretación más amplia del Derecho Internacional que considere la violencia contra la mujer como una violación en sí misma de las normas de derechos humanos, debido al carácter sistemático y generalizado de la violencia contra la mujer en todo el mundo basada en la subordinación femenina. Para Copelon, por ejemplo, es fundamental reconocer explícitamente que la violencia de género es una violación independiente de los derechos humanos, por su invisibilidad histórica, su trivialización y su carácter y efectos particulares, y ese reconocimiento es prioritario que venga recogido en convenciones que específicamente traten este tipo de violencia que deben contener mecanismos internacionales de responsabilidad para que se puedan adoptar medidas reales y no simplemente retóricas.¹⁵⁵

La actual Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, ha recogido en el informe sobre el debate acerca de la adecuación del

¹⁵⁰ Vid. DÍEZ PERALTA, op.cit., p.108-111.

¹⁵¹ Vid. ABRIL STOFFELS, *España ante los ojos...*, op. cit. p. 28.

¹⁵² CHARLESWOTH, H., CHINKIN, C.: *The boundaries of International law: a feminist analysis*, Manchester University Press, Manchester, 2000, p. 73.

¹⁵³ CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017, cit. supra, párrafo 2.

¹⁵⁴ MEYERSFELD, B.: *Domestic Violence and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 116 y ss.

¹⁵⁵ COPELON, R.: “Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura” en *Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*, Rebecca J. Cook (ed.), Filadelfia, Universidad de Pensilvania, 1994, pp. 110 a 144., pp. 134 y 135.

marco jurídico internacional sobre la violencia contra la mujer¹⁵⁶ las opiniones de los principales mecanismos de protección de los derechos de las mujeres. Estas opiniones se pueden incluir en dos tendencias: la que se muestra favorable a la aprobación de una norma vinculante sobre violencia contra la mujer y la que considera que no existe ninguna necesidad en la actualidad de aprobar un instrumento jurídico nuevo. Resulta interesante señalar los argumentos utilizados en uno y otro sentido porque con ellos se puede apreciar el calado del debate y el distanciamiento entre una postura y otra, aunque lo que realmente es destacable, para nosotros, es la unanimidad en torno a la necesidad de mejorar y reforzar el marco jurídico actual.

El Comité CEDAW, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, el Grupo de Expertos del Consejo de Europa sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, la Comisión Intergubernamental sobre los Derechos Humanos y la Comisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños de la ASEAN, no se muestran partidarios de la adopción de un nuevo instrumento vinculante.

El Comité CEDAW esgrime tres razones para ello: la excesiva carga para los Estados que supondría un nuevo instrumento y un nuevo órgano de supervisión, el peligro de intensificación de la fragmentación de las normas, y la situación económica mundial. Para el Comité, la Convención CEDAW junto con la Recomendación General número 19 son suficientes instrumentos en este momento para hacer frente a la violencia contra la mujer. En su opinión del examen de la jurisprudencia internacional se puede concluir que el mecanismo de derechos humanos de Naciones Unidas está bien equipado y dispone de los instrumentos necesarios. La opción escogida por el Comité para reforzar el marco jurídico actual se ha centrado en la actualización de la Recomendación General número 19, que ha dado su fruto en la aprobación de la Recomendación número 35 que actualiza y complementa la anterior¹⁵⁷.

¹⁵⁶ A/71/398, 23 septiembre de 2016, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, párrafos 14 a 24. Participaron en el debate: el Comité CEDAW, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, el Grupo de Expertos del Consejo de Europa sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, la Comisión Intergubernamental sobre los Derechos Humanos y la Comisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños de la ASEAN, el Comité de Expertas del MESEVIC y la Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer en África. Nos llama la atención que no se haya recogido la opinión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, quizás esta ausencia tenga que ver con la polémica que rodea el trabajo de esta en relación con la erradicación de la violencia contra la mujer.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 15 y 16. Es interesante destacar que este punto de vista del Comité representa la opinión mayoritaria de sus 23 miembros.

De la misma opinión, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica sostiene que el esfuerzo debe centrarse en el fortalecimiento de los mecanismos existentes; si bien opina que la transformación de la Recomendación número 19 del Comité CEDAW en un Protocolo jurídicamente vinculante podría significar un avance positivo en el momento que los recursos permitan acometer esa labor¹⁵⁸.

El Grupo de Expertos del Consejo de Europa, por su parte, opina que se debería dar prioridad a la plena aplicación de los tratados y los instrumentos que ya existen en vez de crear nuevas normas. La introducción de otro instrumento sería prematura en la actualidad y supondría un desafío para la aplicación de las normas que ya existen. En concreto, el grupo de expertos advierte de los siguientes riesgos que acarrearía la aprobación de un nuevo tratado: a) puede crear obligaciones convencionales contradictorias con los instrumentos regionales existentes; b) puede dar lugar a que se diluyan las normas existentes; y c) puede provocar fatiga de supervisión de los Estados Partes si el nuevo instrumento trae consigo un órgano de supervisión adicional¹⁵⁹.

En la misma línea, la Comisión Intergubernamental sobre los Derechos Humanos y la Comisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños de la ASEAN, alegan que un nuevo instrumento competiría en atención y recursos con los existentes y socavaría el poder y la autoridad del Comité CEDAW. Para los órganos de la ASEAN la mejor estrategia consiste en consolidar e institucionalizar la Convención que ya existe¹⁶⁰.

A favor de la aprobación de un nuevo instrumento jurídico se sitúan el Comité de Expertas del MESEVIC y la Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer en África. Para el MESEVIC, la elaboración de un Protocolo complementario de la Convención CEDAW reforzaría los instrumentos universales y regionales existentes, consolidaría y promovería lo establecido en la Convención y la labor de su Comité, así como, las disposiciones de la DEVAW, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, la labor de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y

¹⁵⁸ El Grupo de Trabajo está compuesto por cinco expertos independientes y fue establecido en 2010 como procedimiento especial mediante Resolución 15/23 del Consejo de Derechos Humanos. Mandato prorrogado mediante Resolución 23/7 del Consejo de Derechos Humanos, de 20 de junio de 2013, (A/HRC/RES/23/7). *Vid.* A/71/398, cit. supra, párrafo 22.

¹⁵⁹ *Vid.* A/71/398, cit. supra, párrafo 19.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 20.

consecuencias y los instrumentos regionales específicos elaborados para erradicar la violencia contra la mujer¹⁶¹.

La Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer en África, por su parte, sostiene que un tratado internacional sobre la violencia contra la mujer no obstaculizaría ni anularía los progresos alcanzados siempre que se emplease una formulación y una estrategia cuidadosa. Es más, para la Relatora, esta opción podría solucionar la fragmentación de políticas y normas existentes siempre que estableciera mecanismos de aplicación claros y jurídicamente vinculantes. A su juicio, aunque no deben despreciarse los argumentos en contra de un nuevo instrumento de algunas regiones, no se puede pasar por alto que regiones de Asia y Oceanía donde se producen manifestaciones muy graves de violencia contra la mujer carecen de un mecanismo de protección regional¹⁶².

¿Y cuál es la perspectiva que adopta la actual Relatora sobre violencia contra la mujer? La Sra. Šimonović en un sustancioso informe de 2017 sobre la idoneidad del marco jurídico internacional, tras exponer las propuestas de las organizaciones de la sociedad civil, que tampoco expresaron una opinión unitaria¹⁶³, se decanta por el fortalecimiento del marco jurídico existente, principalmente de la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW que, en su opinión, ha mejorado el marco jurídico hacia una mejor comprensión y aplicación, situándose en línea con este órgano del que formó parte antes de su mandato de Relatora¹⁶⁴. Un tratado independiente significaría, a su juicio, exponer el marco jurídico existente en el marco de la

¹⁶¹ *Ibidem*, párrafos 17 y 18.

¹⁶² *Ibidem*, párrafo 21.

¹⁶³ *Vid.* A/72/134, cit. supra, párrafos 23 a 67. Las propuestas de las organizaciones civiles se pueden resumir en cuatro opciones: a) el apoyo a un nuevo tratado independiente dotado de un nuevo organismo de vigilancia; b) la propuesta del fortalecimiento de los instrumentos existentes; c) la aprobación de un Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW; y d) otras propuestas diferentes, como, por ejemplo, la creación de un centro internacional de violencia contra la mujer. Las organizaciones que apoyan el establecimiento de un nuevo tratado argumentaron varias razones: la necesidad de colmar el vacío jurídico, la falta de una definición jurídicamente vinculante de la violencia contra la mujer por razón de género y la necesidad de un lenguaje universal que refleje el carácter mundial del problema. Las que se oponen y optan por el fortalecimiento de las normas existentes arguyen los riesgos y los altos costes de una nueva negociación, así como el peligro de aislar la violencia contra la mujer de las causas fundamentales de ésta -la discriminación-. Otras propuestas innovadoras son: la utilización de las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030; la difusión de las Recomendaciones del Comité CEDAW y resoluciones de Naciones Unidas; la convocatoria de un grupo de alto nivel que trate el asunto de la violencia contra la mujer o la creación de un centro internacional de vigilancia de la violencia contra la mujer.

¹⁶⁴ *Ibidem*, párrafos 85, 95 y 96. Como respuesta a todas las iniciativas y propuestas recibidas en torno a la idoneidad del marco jurídico actual, la Relatora propone un plan de acción mundial sobre violencia contra la mujer y la celebración de una Quinta Conferencia Mundial sobre la Mujer. También estima como opción interesante el establecimiento de un grupo de trabajo que cuente con la participación de todos los Estados Miembros de Naciones Unidas y que se ocupe del fortalecimiento de la protección de los derechos humanos de la mujer, de la idoneidad del marco jurídico actual y de las deficiencias en su incorporación y aplicación.

Convención CEDAW al riesgo de aislar las disposiciones destinadas a abordar la violencia contra la mujer por razón de género de las causas estructurales de la discriminación contra la mujer. Si bien, sostiene que, teniendo presente la complejidad, fragmentación y aplicación complicada del marco jurídico actual, el establecimiento de un Protocolo facultativo a la Convención CEDAW sería una solución viable a largo plazo¹⁶⁵. La razón principal por la que la actual titular del mandato se separa en este punto de la opinión defendida por su antecesora en el cargo, la Sra. Manjoo¹⁶⁶, y descarta la aprobación de un tratado independiente es que no considera que exista un vacío normativo internacional en esta materia. Para la Relatora actual este argumento no tiene en cuenta el hecho de que la violencia por razón de género está comprendida en la Convención CEDAW ni la reciente aprobación de la Recomendación número 35 del Comité CEDAW -en cuya elaboración participó de manera activa-. Afirma la Sra. Šimonović que, de manera explícita o implícita, la práctica de los Estados con arreglo a la Convención CEDAW ha expresado su aceptación de la interpretación que ofrece el tratado sobre la violencia contra la mujer sin disentir de su contenido básico, que se reitera en la Recomendación General número 35. Por lo tanto, “la aceptación de la violencia contra la mujer como una forma de discriminación contra la mujer se ha documentado en los últimos 25 años en la jurisprudencia elaborada por el Comité, que vincula la violencia contra la mujer a otras formas de discriminación”¹⁶⁷. La Relatora hace suya la interpretación del Comité CEDAW de que la práctica de los Estados y la *opinio iuris* dan a entender que la prohibición de la violencia contra la mujer basada en su género ha pasado a ser un principio de Derecho Internacional consuetudinario¹⁶⁸. Esta afirmación contrasta con la opinión de su antecesora, la Sra. Manjoo, que en su informe de 2014 afirmaba que pese a la existencia de numerosos documentos sin fuerza obligatoria que se ocupan de la violencia contra la mujer, hasta el momento, ninguno de estos instrumentos ha pasado a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario, y la propia naturaleza de estas normas implica en la práctica que no se pueda exigir a los

¹⁶⁵ *Ibidem*, párrafos 91 a 93. A juicio de la Relatora, los Estados deberían fortalecer la aplicación de la Recomendación número 35 y mediante ese proceso poner a prueba la necesidad de un Protocolo facultativo sustantivo sobre violencia contra la mujer, o de un simple Protocolo de procedimiento semejante al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura. *Vid.* párrafo 99.

¹⁶⁶ *Vid.* A/HRC/26/38, cit. supra, párrafos 68 y 69. La Relatora Especial en este informe señala que la ausencia de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la violencia contra la mujer impide que esta cuestión se plantee como una violación de los derechos humanos propiamente dicha, que comprenda de forma genérica todas las manifestaciones de violencia contra las mujeres y que recoja con toda claridad la obligación de los Estados de actuar con la diligencia debida para eliminar este tipo de violencia.

¹⁶⁷ *Vid.* A/72/134, cit. supra, párrafo 87 y ss.

¹⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 79.

Estados responsabilidad alguna por razón de su incumplimiento¹⁶⁹. La diferente realidad jurídica y social en relación con la violencia contra la mujer que se vive en los ámbitos geográficos de los que proceden ambas Relatoras -la Sra. Šimonović es de origen croata y la Sra. Manjoo es de ascendencia sudafricana- puede explicar, a nuestro juicio, la disparidad de enfoques, lo que refuerza la idea de que el problema de la violencia contra la mujer, pese a ser universal, tiene unas particularidades propias en función del lugar donde se produce que puede requerir estrategias, soluciones y prioridades diferentes.

En definitiva, la actual Relatora no ve un vacío normativo en esta materia ni la necesidad actual de un nuevo tratado internacional. En cambio, sí ve deficiencias, complejidad, fragmentación y aplicación complicada de las normas internacionales - universales y regionales- que regulan la cuestión. El obstáculo principal para abordar la violencia contra la mujer consiste, en su opinión, en la falta de incorporación y aplicación plena de las normas internacionales en el ámbito nacional. Y, para superar estas deficiencias jurídicas y salvar la aplicación de las normas internacionales, apuesta de forma clara por la aplicación de los instrumentos existentes, en particular de la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW y, a largo plazo, por la adopción de un Protocolo facultativo a la Convención CEDAW cuyo carácter – sustantivo o de procedimiento- deberían evaluar los Estados a lo largo del proceso de aplicación de dicha Recomendación General¹⁷⁰.

Así pues, el debate abierto sobre la idoneidad del marco jurídico se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- El reconocimiento prácticamente unánime de la existencia de lagunas y deficiencias del actual marco jurídico que regula la violencia contra la mujer caracterizado por el recurso a las normas de naturaleza no vinculante.
- La aprobación de la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW ha contribuido a una mejor comprensión y aplicación de la Convención CEDAW en materia de violencia contra la mujer.
- La práctica de los Estados y la *opinio iuris* han convertido la prohibición de la violencia contra la mujer basada en su género en una nueva costumbre internacional, lo que transforma sustancialmente el régimen jurídico de las obligaciones de todos los

¹⁶⁹ Vid. A/HRC/26/38, cit. supra, párrafo 68.

¹⁷⁰ Vid. A/72/134, cit. supra, párrafo 99.

Estados -y no sólo de los que forman parte de la Convención CEDAW- y de su responsabilidad internacional en la materia.

- La aprobación de un tratado internacional independiente sobre violencia contra la mujer puede correr el riesgo de desvincular la violencia contra la mujer de la discriminación regulada en la Convención CEDAW.

- La opción que genera mayor consenso es la aprobación de un Protocolo facultativo de la Convención CEDAW sobre violencia contra la mujer, si bien, esta opción se establece como solución a largo plazo y sin dejar claro que deba tratarse de un protocolo sustantivo o de procedimiento.

En nuestra opinión, la naturaleza no vinculante de las normas que regulan la violencia contra la mujer –incluida la Recomendación General número 35- es el principal obstáculo que impide la aplicación efectiva de las normas internacionales en el ámbito nacional y dificulta la exigencia de responsabilidad a los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por ello, consideramos que es necesaria la aprobación de un instrumento jurídico vinculante que contemple de manera integral esta materia. Una norma de este tipo serviría para fijar el concepto de violencia contra la mujer, crear un lenguaje universal, delimitar el alcance de la protección ofrecida y establecer con claridad las obligaciones de los Estados y la rendición de cuentas. Además, serviría para unificar, clarificar y armonizar las normas dispersas sobre violencia contra la mujer. Todo ello sin desmerecer el valor simbólico que tendría un instrumento de este tipo y el impulso que supondría en cuanto a su aplicación práctica por parte de los Estados. Sabemos que nuestra propuesta no es nueva, que ya fue planteada por el Gobierno de Canadá en 1991 en una reunión de un grupo de expertos de Naciones Unidas y que incluso se han redactado proyectos de lo que sería este nuevo tratado¹⁷¹. Pero, quizás lo que sí es novedoso en la actualidad es el resurgimiento con fuerza de una conciencia internacional que condena la violencia contra la mujer en todas sus formas y exige medidas para su erradicación sin más demoras.

Por otro lado, y como ya hemos apuntado, para nosotros la prohibición de la violencia contra la mujer constituye una norma de *ius cogens* porque incide en los valores esenciales de la comunidad internacional, como, por ejemplo, la vida y la

¹⁷¹ A/HRC/29/27/Add. 5, 12 de junio de 2015. El Adenda del informe presentado por la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/29/27) recoge un Proyecto de Convención para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres y las Niñas (CEVAWG).

dignidad humana y, en consecuencia, todos los Estados y la comunidad internacional en su conjunto tienen el deber de respetar. Sería positivo que la catalogación de esta norma como *ius cogens* cristalizara en una norma convencional para reforzar su aplicación y la rendición de cuentas de los Estados.

Muchas de las razones que se esgrimen para oponerse a un nuevo instrumento jurídico universal y vinculante son, a nuestro juicio, perfectamente rebatibles. Así, el argumento “político” de fatiga de supervisión o excesiva carga para los Estados, se puede contraargumentar con la adopción de una estrategia cuidadosa que apunte a la coordinación, racionalización y diálogo entre los mecanismos de protección existentes a fin de evitar solapamientos y duplicidades. Las razones económicas no pueden ni deben, a nuestro juicio, servir de excusa en materia de derechos humanos, materia que debería priorizarse en la asignación de recursos. Y, finalmente las razones jurídicas, como la temida fragmentación jurídica, pueden ser solucionadas con mecanismos de aplicación claros y jurídicamente vinculantes.

La opción de un Protocolo facultativo de la Convención CEDAW es una buena solución para salvar el riesgo de que se desvincule la violencia contra la mujer del marco de la discriminación de la que trae su causa, si bien este Protocolo debería establecer mecanismos de protección y supervisión específicos sobre violencia contra la mujer que superen las limitaciones y carencias que presentan los regulados en la Convención y que se asemeje al sistema de control de las normas internacionales de trabajo establecido por la OIT.

El hecho de que la prohibición de la violencia contra la mujer se haya convertido en un principio de Derecho Internacional consuetudinario debe facilitar la aprobación de una norma convencional que transponga dicho principio y que tendría un claro efecto declarativo y cristizador. Al igual que la prohibición de la tortura y el derecho a no ser torturado ha pasado a ser objeto de regulación en una norma convencional, aunque originariamente estuviese recogido en normas de *soft law*, la prohibición de la violencia contra la mujer y su derecho a vivir una vida libre de violencia basada en su género debería regularse en una norma de carácter vinculante con el fin de reforzar la protección de la integridad de las mujeres frente a los actos de agresión basados en su género.

Somos conscientes de que una norma convencional no es garantía de un mayor cumplimiento frente a una norma de *soft law*¹⁷² pero, la fijación de estándares universales y la determinación de conceptos claves corre menos peligro de que puedan ser desvirtuados a través de una norma convencional.

¹⁷² HILLGENBERG, H.: “A fresh look at soft law” en *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999, p. 502, citado en SANZ R., FOLLONI A., op. cit., p. 252.

**CAPÍTULO IV.- EL DESARROLLO DEL DERECHO
INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LA MUJER FRENTE
A ALGUNAS FORMAS ESPECÍFICAS DE VIOLENCIA.**

Como hemos podido comprobar en los capítulos anteriores, no existe una norma universal convencional que regule específicamente y de manera integral la violencia contra la mujer, salvo la DEVAW. Pese a ello, el desarrollo del Derecho Internacional ha conformado un *corpus* jurídico constituido por normas de *soft law* que regulan las principales manifestaciones de ese tipo de violencia y que ha cristalizado, según el Comité CEDAW, en una costumbre internacional que prohíbe la violencia contra la mujer, porque reflejan la práctica de los Estados y la *opinio iuris* necesaria para convertirse en fuente del Derecho Internacional. En este Capítulo profundizaremos en el estudio de ese cuerpo normativo que regula las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer que se producen en los ámbitos que señala la DEVAW: la familia, la comunidad y el Estado, más el ámbito transnacional añadido por las Relatoras Especiales sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Debemos tener presente que las distintas formas de violencia no son excluyentes y que se pueden producir al mismo tiempo en diferentes ámbitos y afectar por igual a la esfera pública y privada¹. Nuestro objetivo será determinar la existencia de una práctica consistente, duradera y general que prohíba la violencia contra la mujer en todas sus formas y constatar la creencia de que dicha práctica es obligatoria en virtud de las normas universales que la proscriben, requisitos que exige el artículo 38 del Estatuto de la CIJ necesarios para la configuración de una costumbre como fuente del Derecho Internacional². Además de percatarnos del arraigo del nuevo principio consuetudinario que prohíbe la violencia contra la mujer, nos proponemos conocer si este nuevo principio internacional garantiza suficientemente la protección internacional de la integridad física y moral de la mujer, y descubrir si el Derecho Internacional ha superado la tradicional división de la esfera pública y privada característica del sistema patriarcal que ha marcado el nacimiento y desarrollo de los textos internacionales y que ha producido el silenciamiento de las voces de las mujeres y la legitimación de la dominación de las mujeres por los hombres.

Con estos propósitos nos adentraremos en el estudio de las normas que inciden en la protección de la integridad de la mujer frente a algunas manifestaciones específicas de violencia basada en su género que están ubicadas básicamente en el

¹ A título de ejemplo, las prácticas tradicionales nocivas pueden involucrar tanto a la familia como a la comunidad y, a su vez, ser toleradas por el Estado. *Vid.* A/66/215, cit. supra, párrafos 24 a 46.

² Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 24 de Octubre de 1945. Disponible en: *United Nations Treaty Collection*, <https://treaties.un.org/>

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal. En estos tres ámbitos, complementarios y convergentes, encontramos la respuesta del Derecho Internacional en su conjunto a esta materia.

La prohibición de la violencia contra la mujer tiene un reflejo inequívoco en los instrumentos jurídicos aprobados por los principales órganos de Naciones Unidas. En este sentido apuntan las Resoluciones de la Asamblea General tituladas “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”, en las que insta a los Estados a adoptar medidas con el fin de erradicar todas las manifestaciones de este tipo de violencia mediante una respuesta sistemática, amplia, multisectorial y sostenida, apoyada en sólidos mecanismos institucionales y métodos de financiación. Así mismo, les reitera su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, enjuiciar y castigar los actos de violencia y poner fin a su impunidad³. La Asamblea no se ha olvidado de incorporar esta materia en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, introduciendo en ella los Objetivos 5, 11 y 16 que están estrechamente vinculados con la eliminación de la violencia contra la mujer. El Objetivo 5, relativo a la igualdad de género, incluye como metas a conseguir: la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado - incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación-, y la eliminación de las prácticas nocivas -en particular, el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina-. El Objetivo 11 va dirigido a la consecución de espacios seguros que incluyan a las mujeres. Y, finalmente, el Objetivo 16 se centra en las cuestiones relativas a la paz y la seguridad. Estos tres Objetivos, además, incorporan unos indicadores de seguimiento de sus metas, que supone un avance cualitativo

³ A/RES/61/143, de 30 de enero de 2007, “Intensificación de los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer”, párrafos 8 a 11. Con posterioridad a esta Resolución, la Asamblea General ha ido aprobando bianualmente otras Resoluciones referidas al mismo tema. En estas Resoluciones, la Asamblea pide al Secretario General que presente informes periódicos que contengan las medidas adoptadas por los Estados en aplicación de dichas Resoluciones. *Vid.* A/RES/62/133, de 18 diciembre de 2007; A/RES/63/155, 18 de diciembre de 2008; A/RES/64/137, 18 diciembre de 2009; A/RES/65/187 de 21 de diciembre de 2010, A/RES/67/144, de 20 diciembre 2012, A/RES/69/147, 18 diciembre 2014, A/RES/71/170, 7 de febrero de 2017 y A/RES/73/148, 11 de enero 2019. Afirma la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, que estas Resoluciones de la Asamblea General reiteran los avances normativos en relación con el reconocimiento de la violencia contra la mujer como violación de los derechos humanos, la obligación de los Estados de ejercer la diligencia debida para poner fin a la impunidad, y la necesidad de adoptar un enfoque multisectorial de la violencia contra la mujer. *Vid.* A/HRC/26/38, cit. *supra*, párrafo 30.

respecto a los Objetivos del Desarrollo del Milenio que no contemplaban ni metas ni indicadores relativos a la violencia⁴.

El Consejo de Derechos Humanos, por su parte, se ha ocupado de la violencia contra la mujer en las Resoluciones directamente relacionadas con el mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, tituladas “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”, en las que se abordan aspectos que inciden en la prevención y erradicación de este tipo de violencia⁵.

La Secretaría de Naciones Unidas también ha ejercido una labor activa en este tema y ha llevado a cabo el primer estudio a fondo sobre todas las formas y manifestaciones de violencia contra la mujer realizado en el ámbito institucional de Naciones Unidas⁶. Además, con periodicidad bianual, el Secretario General presenta ante la Asamblea General un informe sobre las medidas adoptadas por los Estados en aplicación de las Resoluciones relativas a la “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”⁷.

⁴ A/RES/70/1, 21 octubre 2015, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. El precedente de la Agenda 2030 es la Declaración del Milenio aprobada en la Cumbre del mismo nombre del año 2000, que incluía la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los valores fundamentales para las relaciones internacionales. *Vid.* UN.Doc. A/RES 55/2, 13 septiembre 2000.

En opinión de la actual Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, por primera vez se ha adoptado un marco mundial para el desarrollo con perspectiva de género que es inclusivo y está inspirado en instrumentos de derechos humanos y en todas las Conferencias Mundiales pertinentes, incluidas las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer. Para la Relatora, la aplicación de la Agenda 2030 supone una nueva oportunidad para la recopilación de datos sobre la violencia contra la mujer, en general, y del feminicidio, en particular. *Vid.* A/HRC/32/42, 19 abril 2016, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, párrafos 33 y 38.

⁵ Las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos directamente relacionadas con el mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, se refieren, entre otros temas, a la cuestión de la diligencia debida; la integración de los derechos humanos de la mujer en todo el sistema de las Naciones Unidas, una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado; la mortalidad y morbilidad asociadas a la maternidad como una cuestión de derechos humanos; la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, etc. Las Resoluciones más recientes sobre esta temática adoptadas por el Consejo son: A/69/53, 2014, Resolución 26/15, 26 junio de 2014, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia contra la mujer como obstáculo para el empoderamiento político y económico de la mujer”; A/70/53, 2015, Resolución 29/14, 2 julio de 2015 “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: eliminación de la violencia doméstica”; y A/71/53, 2016, Resolución 32/19, 1 julio 2016, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas, incluidas las mujeres y niñas indígenas, y respuesta a este fenómeno”; A/72/53, 2017, Resolución 35/10, 22 junio de 2017, “Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer: participación de los hombres y los niños en la prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas y en la respuesta a este fenómeno”; A/73/52, 2018, Resolución 38/5, 5 de julio de 2018, “Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas: prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas en los contextos digitales y responder a ese fenómeno.

⁶ *Vid.* A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra.

⁷ *Vid.* Informes del Secretario General sobre “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”: A/63/214, 4 agosto de 2008; A/65/208, 2 agosto de 2010; A/67/220,

Al margen de estos instrumentos que de forma general regulan la violencia contra la mujer, en el seno de Naciones Unidas se han aprobado otras normas que de manera específica regulan algunas manifestaciones de violencia que persisten en la actualidad, reforzando con ello el marco jurídico de su prohibición y erradicación. Si bien, debemos advertir que esta regulación específica que estudiaremos a continuación no es exhaustiva, porque muchas formas de violencia persistentes y graves no han sido objeto de regulación –entre ellas, algunas prácticas nocivas en relación con el matrimonio y las relaciones familiares-, y que algunas formas de violencia que afectan a las mujeres de manera desproporcionada se han regulado con un enfoque neutro en cuanto al género –entre ellas, la violencia doméstica o los matrimonios infantiles-.

1.- LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

El Secretario General de Naciones Unidas, las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer y los organismos de derechos humanos destacan que la violencia contra la mujer en el ámbito de la familia es un fenómeno universal, no está limitado a una cultura o país determinado, ni a un grupo o clase social, y casi siempre es un delito cometido por los hombres contra las mujeres, ya sea en forma de violencia doméstica o de práctica tradicional nociva⁸. Afirma el Secretario General que la violencia contra la pareja y la violencia doméstica causan más muertes que las guerras civiles y entrañan costes económicos mucho más elevados que los asociados a los homicidios o las guerras civiles⁹.

1 de agosto de 2012, A/69/222, de 1 de agosto de 2014, A/71/219, de 27 de julio de 2016, y A/73/294, 3 agosto de 2018.

⁸ Vid. Informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. RADHIKA COOMARASWAMY: E/CN.4/1995/42, cit. supra, párrafo 117 y ss., y E/CN.4/1996/53, cit. supra, párrafo 22 y ss. Vid. A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafos 69 y ss. El Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer subraya que la violencia en el ámbito familiar se perpetra sobre todo por los hombres contra las mujeres, que la mayoría de las víctimas son los más débiles, bien por su pertenencia a un determinado sexo, edad o estado físico, y que esta violencia ocurre cuando la desigualdad de poder es desafiada y el perpetrador no reconoce ni respeta los derechos humanos y libertades fundamentales básicas.

⁹ Vid. A/71/219, *Intensificación de los esfuerzos...*, cit. supra, párrafos 14 y 15. El Secretario General señala que más del 35% de las mujeres de todo el mundo han sufrido violencia física o sexual en algún momento de sus vidas, la mayoría de las veces de manos de su pareja. Datos obtenidos del informe de la OMS, *Informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia* (Ginebra, 2014) y ONU-

Se han apuntado dos factores específicos de este tipo de violencia: las doctrinas sobre la privacidad del hogar y la familia y la inacción del Estado¹⁰. Las primeras se

Mujeres “*Violence against women prevalence data: surveys by country*” (diciembre 2012). Más datos sobre la prevalencia de este tipo de violencia dirigida contra las mujeres en: OMS *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer*; 2005, Prólogo y p. 1. Disponibles en <http://who.int/publications/es/> (última consulta 14/04/2019). Según este estudio, la violencia contra la mujer infligida por su pareja es común, se halla generalizada y sus repercusiones son de gran alcance. Según estudios realizados antes del año 1999 en 35 países, se comprobó que entre el 10% y el 52% de las mujeres había sufrido maltrato físico por parte de su pareja en algún momento de su vida, y entre el 10% y el 30% había sido víctima de violencia sexual por parte de su pareja. Entre el 10% y el 27% de las mujeres declaró haber sido objeto de abusos sexuales, siendo niñas o adultas.

Véase también UNODC: “Estudio Mundial sobre el Homicidio.” Resumen Ejecutivo, 2013, p. 4; A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafos 111 a 118; y A/66/215, informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafos 25 a 32. Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), una gran proporción de mujeres pierden la vida a manos de quienes se esperaría que las protegieran, en cambio, a la mayoría de los hombres los asesinan personas que quizá ni siquiera conocen. Tal es así que dos terceras partes de las víctimas de homicidio cometido por compañeros íntimos o familiares, son mujeres. El Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer señala que en Australia, Canadá, los Estados Unidos de América, Israel y Sudáfrica se han realizado estudios sobre el feminicidio que indican que entre el 40% y el 70% de las mujeres víctimas de homicidio fueron matadas por sus maridos o novios. Las Relatoras, por su parte, confirman la extensión de este tipo de violencia a raíz de sus visitas a países en las que ha comprobado que la violencia doméstica, junto con las prácticas tradicionales dañinas –las dos grandes categorías en las que engloba la violencia contra la mujer en la esfera de la familia–, sigue siendo un fenómeno generalizado que afecta a mujeres de todas las capas sociales.

Por otro lado, y desde la perspectiva del desarrollo, el informe sobre Desarrollo Humano publicado en 2016 por el PNUD apunta a este tipo de violencia y a las leyes discriminatorias profundamente arraigadas en las identidades y las relaciones sociales y políticas como auténticos obstáculos para el desarrollo humano, que afectan a las mujeres hasta el punto de que éstas registran, de promedio, en todas las regiones un Índice de Desarrollo Humano (IDH) más bajo que el de los hombres. *Vid.* PNUD, Informe sobre desarrollo humano 2016, “Desarrollo humano para todos”, p. 5 y 6. Los informes anteriores ofrecen datos muy significativos sobre la prevalencia de la violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Así, el informe de 2015 aporta datos sobre las agresiones físicas y el abuso sexual a las trabajadoras domésticas. El informe de 2014 señala que alrededor de un tercio de las mujeres de todo el mundo sufrirá violencia sexual u otro tipo de violencia física a lo largo de su vida, principalmente a manos de su pareja. El informe del año 2000 destaca que una de cada tres mujeres ha sufrido violencia en una relación íntima. Entre 85 millones y 115 millones de niñas y mujeres han sufrido alguna forma de mutilación genital y sus consecuencias fisiológicas y psicológicas adversas. El informe estima que anualmente se practica la mutilación genital a 2 millones de niñas pequeñas. La violencia doméstica, por otro lado, es un peligro grave para los derechos humanos de las mujeres en todas las sociedades, ricas y pobres, industrializadas y en desarrollo. Como promedio mundial, una de cada tres mujeres ha sido víctima de violencia en una relación íntima. Según el informe de 1995, específico sobre Género y Desarrollo Humano, la más dolorosa devaluación de la mujer es la violencia física y psicológica que la acecha desde la cuna hasta la tumba. La violencia contra la mujer comienza incluso antes del nacimiento, causa daños en los primeros años de vida, pasa a formar parte del matrimonio, se manifiesta a veces en violaciones, puede terminar en asesinato o puede causar suicidio, y su incidencia aumenta durante los conflictos. En muchos países, las leyes ofrecen a las mujeres una protección solo limitada y a menudo consideran que la violencia en el hogar es un “asunto privado de familia”, que no justifica la intervención legislativa ni la injerencia administrativa. *Vid.* PNUD, Informe sobre desarrollo humano 2015 “Trabajo al servicio del desarrollo humano”, p. 6.; Informe sobre desarrollo humano 2014 “Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, pp. 82 y 83; Informe sobre desarrollo humano 2000 “Derechos humanos y desarrollo humano”, pp. 4 y 36; Informe sobre desarrollo humano 1995 “Género y Desarrollo Humano”, pp. 52 a 54.

¹⁰ *Vid.* A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafos 69 a 96. Según el Estudio, el patriarcado aparece escudado en normas sociales y culturales, institucionalizado en el Derecho y la política, y arraigado en la economía, en las ideologías y en el discurso público.

emplean para impedir que el Estado y la sociedad intervengan ante casos de violencia contra la mujer en el ámbito familiar. El hecho de que el poder público pueda inmiscuirse en el ámbito privado para perseguir y castigar los actos de violencia contra la mujer lleva consigo importantes consecuencias. Una de las más significativas es que abre la puerta a que un tercero ajeno a una relación íntima o de pareja pueda denunciar los actos de agresión que se produzcan en su seno. La inacción del Estado, por su parte, permite que subsistan leyes y políticas discriminatorias que debilitan los derechos humanos de las mujeres. Sanz Caballero afirma que la inercia del Estado es uno de los factores que provoca más violencia contra la mujer. Así, cuando un Estado no penaliza la violación dentro del matrimonio, cuando se legisla sobre la violación como atentado contra el honor y no como atentado contra la dignidad y la integridad física de la víctima, o cuando se investiga la conducta sexual previa de la víctima –que debe ser intachable-, se desincentiva a las víctimas a denunciar sus casos. Cuando el Estado no exige responsabilidades a los autores, no sólo alienta la comisión de nuevos actos de esa índole, sino que además da a entender que la violencia que ejerce el hombre contra la mujer es legítima e inevitable¹¹.

La violencia contra la mujer en la familia tiene una dimensión individual y una dimensión social porque no sólo afecta a la salud y bienestar de la mujer, de sus hijos y personas más cercanas, sino también a la sociedad en su conjunto, ya que este tipo de violencia está estrechamente ligada a la violencia social. Como señalan algunas investigaciones, presenciar de forma continuada violencia doméstica puede marcar la iniciación de una pauta de delincuencia y uso de la violencia en las relaciones personales¹².

Del estudio de la violencia en este ámbito queremos destacar varios aspectos: la ausencia de una definición del concepto “familia” y de lo que debe entenderse por “violencia contra la mujer en la familia”; la configuración de la violencia doméstica como categoría separada de la violencia contra la mujer; la violencia doméstica como una forma de tortura de las contempladas en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la evolución de la jurisprudencia internacional en esta materia. En relación con el primer punto, no existe una definición de lo que debe entenderse por “violencia contra la mujer en la familia”, más allá del

¹¹ Vid. SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...?*, op. cit. p.186.

¹² Vid. A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafos 156 a 181.

concepto general de violencia contra la mujer que ofrece la DEVAW, la reciente Resolución 71/170 de 2016 de la Asamblea General que actualiza y amplía el concepto originario de la DEVAW, y la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW en su versión actualizada por la Recomendación número 35. Estas normas únicamente enumeran, sin ánimo de exhaustividad, algunos actos violentos que se pueden producir en el ámbito del hogar y que se reducen básicamente a los cometidos en un círculo de intimidad¹³. Sin embargo, las Relatoras Especiales de violencia contra la mujer han ido más allá y han incluido en el concepto de violencia contra la mujer en el ámbito de la familia otro tipo de actos violentos que escapan del ámbito de la intimidad como, por ejemplo, la situación de las empleadas domésticas contratadas en hogares particulares. Para las Relatoras, la violencia contra la mujer en la familia se refiere a “toda violencia cometida en el ámbito doméstico y que se dirige contra la mujer debido a su papel en ese ámbito”, que puede ser cometida por individuos a título personal o por personas que actúan con carácter público¹⁴.

Al hilo de lo anterior y directamente relacionado con ello, tampoco existe en las normas internacionales una definición del término de “familia”, más allá de las referencias de la DUDH y el PIDCP a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad¹⁵. Una explicación de este vacío deriva de la división tradicional entre los ámbitos público y privado, que aún no ha sido superada, y que propicia que se haga hincapié en las violaciones de derechos humanos en el ámbito público¹⁶. El problema que acarrea la indeterminación de este concepto es el peligro de invisibilizar los actos violentos que padecen las mujeres que se apartan de lo que comúnmente se entiende como la familia tradicional. Es importante la labor del Comité de Derechos Humanos, el Comité CEDAW y otros mecanismos especiales de derechos humanos que, partiendo de la idea de que no existe un concepto único de familia, defienden la necesidad de llevar a cabo una interpretación amplia de este concepto para abarcar formas de familia que no se ajustan a la noción tradicional reconocida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales -basada en la unión fundada en el

¹³ Con anterioridad a la DEVAW, la Asamblea General ya adoptó una Resolución sobre la violencia en el hogar, y en 2003 aprobó otra Resolución en la que reconoce que la violencia contra la mujer en el hogar se produce generalmente entre personas relacionadas por vínculos de sangre o de intimidad. *Vid.* A/RES/40/36, 29 noviembre 1985, y A/RES/58/147, de 22 de diciembre de 2003, eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar.

¹⁴ *Vid.* E/CN.4/1999/68, 10 de marzo de 1999: “La violencia contra la mujer en la familia”, párrafo 16; y E/CN.4/2004/66, cit. supra, párrafos 40 y 41.

¹⁵ *Vid.* DUDH, cit. supra, artículo 16.3; PIDCP, cit. supra, artículo 23.

¹⁶ *Vid.* E/CN.4/1999/68, cit. supra, párrafos 6 y ss.

matrimonio de un hombre y una mujer-, en las que se incluyan todas las relaciones de pareja e interpersonales - incluidas las parejas que no vivan juntas-, las exparejas y las trabajadoras domésticas¹⁷. Interesa recordar en este punto que los países que han formulado reservas a los artículos de la Convención CEDAW que regulan el matrimonio y las relaciones familiares, y que aún no han sido retiradas, mantienen un concepto tradicional de familia y una creencia en la estructura patriarcal que sitúa al padre, al esposo o al hijo varón en una situación de ventaja frente a la mujer. Esta situación se acentúa en la actualidad, como ha señalado el Comité CEDAW, con el retorno a los valores y tradiciones antiguas, a causa de los fundamentalismos y de la penuria económica¹⁸. El alejamiento de algunos países de las normas internacionales y de las recomendaciones de los órganos de derechos humanos, incrementa el riesgo de la

¹⁷ El Comité de Derechos Humanos en la Observación General núm. 19, elaborada específicamente sobre la familia, reconoce que el concepto de familia puede diferir de un Estado a otro, y aún dentro de un mismo Estado, y que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Por ello –afirma el Comité– cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el PIDCP. Y a la vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados deben indicar en sus informes al Comité en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros. En la Observación General número 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el Comité insiste en la importancia de que los Estados acepten las diversas formas de familia y velen por la aplicación de la igualdad de trato de la mujer en esas “otras formas de familia” (entrecomillado propio). Y cita como ejemplo, la familia monoparental que suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos. En estos casos, los Estados deben dar cuenta de las medidas de apoyo que existan para que esta mujer pueda cumplir sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar. *Vid.* Observación General núm. 19, (1990) “Artículo 23- La familia”, párrafos 1 y 2, y Observación General número 28, cit. supra, párrafo 27.

El Comité CEDAW, por su parte, reconoce en la Recomendación General número 21 que la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro, y hasta de una región a otra dentro de un mismo Estado, y afirma que cualquiera que sea la forma que adopte y cualquiera que sea el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición del país, el tratamiento de la mujer en la familia debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas. En la Recomendación General número 29 afirma que los Estados deben abordar los aspectos discriminatorios basados en el sexo y en el género en todas las formas de familia y de relaciones familiares, ya que no existe un concepto único de familia. *Vid.* Recomendación General número 21, cit. supra, párrafo 13; Recomendación General número 29, cit. supra, párrafo 1 y 16 y ss.

Por otro lado, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica redefine el concepto de familia incorporando una perspectiva de género. En su opinión, la aprehensión y la definición jurídica de la familia en las legislaciones nacionales deberían ampliarse para reconocer las distintas formas de familia. La expresión “familias diversas” reagrupa, por ejemplo, a las familias monoparentales, las familias encabezadas por mujeres, las familias intergeneracionales que incluyen a los abuelos, las familias encabezadas por niños, las familias LGBTI, las familias extensas, las familias autocreadas o autodefinidas, las familias sin hijos, las familias de personas divorciadas, las familias polígamas y las familias no tradicionales. En todas estas distintas formas de familia las mujeres suelen ser objeto de sanciones legales y sufren situaciones sociales y económicas difíciles. *Vid.* A/HRC/29/40, 2 de abril de 2015, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica; párrafos 22 a 28. Al respecto, véase también informes de las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer: E/CN.4/1996/53, cit. supra, párrafos 22 a 25, y A/66/215, cit. supra, párrafo 25.

¹⁸ *Vid.* Recomendación General número 21, cit. supra, párrafo 41 y ss.

mujer de sufrir violencia en su entorno familiar y pone de manifiesto la resistencia a aceptar interferencias en la esfera privada que quiebren el *status quo* imperante en las relaciones familiares tradicionales, en las que las mujeres mantienen un papel subordinado con respecto al hombre.

En nuestra opinión, es preciso que el Derecho Internacional elabore un concepto de familia amplio, acorde con los nuevos tiempos e incluso de todas las formas de familia que predominan en la sociedad contemporánea, tal y como han recomendado los órganos de derechos humanos surgidos de los tratados. También es necesario que se siga insistiendo en la retirada de las reservas a las disposiciones de la Convención CEDAW que regulan las relaciones familiares, ya que ponen en entredicho su efectividad e impiden la protección de la mujer frente a los actos violentos que se producen en este entorno.

La violencia doméstica como categoría separada de la violencia contra la mujer y con un enfoque neutro en cuanto al género, aparece contemplada en algunas legislaciones nacionales –por ejemplo, la española-, en la Resolución 71/170 de la Asamblea General y la Resolución 29/14 del Consejo de Derechos Humanos –centradas específicamente en la violencia doméstica-, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Convenio de Estambul¹⁹. Conforme a éste último, la violencia doméstica es definida, a tenor del artículo 3b) del Convenio, como:

“todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”²⁰.

Su definición neutra en cuanto al género permite que el tratado considere víctima de violencia doméstica a toda persona física –mujer, niña, hombre o niño- que se encuentre sometida a los comportamientos violentos que describe el texto²¹.

La Resolución 71/170 de la Asamblea, en su párrafo 4, afirma que la violencia doméstica “se produce en el seno de la familia o la unidad doméstica, y generalmente entre miembros de la pareja, actual o anterior, o entre personas relacionadas por

¹⁹ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11/05/2011, CETS No.210. Entrada en vigor el 1 de agosto 2014. Instrumento de ratificación de España de 18 marzo de 2014, (BOE núm. 137, de 06/06/2014).

²⁰ *Ibidem*, artículo 3 b).

²¹ *Ibidem*, artículo 3e).

vínculos de sangre o de intimidad”. La Resolución 29/14 del Consejo, por su parte, limita este tipo de violencia a la que se produce entre personas relacionadas por vínculos de sangre o de intimidad²². Bajo el paraguas de la violencia doméstica tiene cabida, por tanto, una amplia gama de actos violentos, y no sólo el maltrato en la pareja hacia la mujer. Otros órganos surgidos de los tratados contemplan la violencia doméstica desde esta misma perspectiva, tal es el caso, por ejemplo, del Comité del PIDESC²³. Por otro lado, ni la Asamblea ni el Consejo definen, a efectos de su aplicación, el concepto de “unidad doméstica”, expresión novedosa que no aparece recogida en otros instrumentos internacionales que se han ocupado de esta materia.

La manera neutra, en cuanto al género, de configurar la violencia doméstica, que no va dirigida exclusivamente contra la mujer y que puede afectar a víctimas y a autores de ambos sexos - miembros de la pareja o personas relacionadas por vínculos de sangre o de intimidad-, difiere del concepto de violencia contra la mujer que aparece regulado en la DEVAW y puede explicar el tratamiento separado de ambos tipos de violencia, aunque tanto el Convenio de Estambul como las Resoluciones de la Asamblea y el Consejo reconocen que la violencia doméstica es la forma más extendida y menos visible de violencia contra las mujeres y las niñas²⁴. Para algunos autores es preocupante que el Convenio europeo establezca esta clara diferenciación entre la violencia doméstica y la violencia contra la mujer en un tratado específico sobre violencia de género, ya que contradice las ideas internacionalmente aceptadas sobre este tipo de violencia. Así, conforme al concepto consensuado por la doctrina y establecido en la DEVAW, la violencia contra la mujer o violencia de género, incluyendo la que se produce en el ámbito de la familia, únicamente puede ser infligida por los hombres contra las mujeres, porque, como señala Ventura Franch, son ellos “los que forman parte del grupo dominante y no las mujeres”²⁵. Por consiguiente, la configuración de la violencia doméstica de forma neutra en cuanto al género se aparta de la norma que se aprobó por aclamación hace más de 20 años.

²² Vid. A/RES/71/170, cit. supra, párrafo 4 y A/HRC/29/L.16/Rev.1, cit. supra, párrafo 2.

²³ Vid. Observación General número 16, cit. supra, párrafo 27. El Comité surgido del PIDESC cuando aborda la aplicación del artículo 10 del tratado, dedicado a la familia y el matrimonio, reconoce que las víctimas de la violencia en el hogar son principalmente mujeres, pero no excluye la posibilidad de que puedan ser también los hombres.

²⁴ Vid. A/RES/71/170, cit. supra, párrafo 5 y A/HRC/29/L.16/Rev.1, cit. supra, párrafo 3.

²⁵ Vid. VENTURA FRANCH, op. cit., p. 203, y A/70/209, 29 de julio de 2015, informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. RASHIDA MANJOO, presentado de conformidad con la resolución 69/147 de la Asamblea, párrafo 38.

Esta configuración de la violencia doméstica, que se aparta de los estándares jurídicos consensuados con la aprobación de la DEVAW, nos lleva a plantearnos un posible conflicto de normas internacionales que debemos resolver aplicando el sistema de fuentes establecido en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁶. Conforme al artículo 38 del Estatuto, el Convenio de Estambul, por ser un tratado internacional, prevalecería sobre la DEVAW, en cuanto acto de una organización internacional para todos aquellos Estados que hayan ratificado el Convenio. El posible conflicto entre la DEVAW y la Resolución 71/170 de la Asamblea, debería resolverse en otros términos puesto que se trata de normas de la misma naturaleza aprobadas por el mismo órgano. En este caso se aplicaría el principio de *lex posterior derogat legi priori* y la Resolución 71/170 de la Asamblea prevalecería por ser posterior en el tiempo. Si bien, no debemos olvidar el carácter especial de la DEVAW, que no es una simple Resolución de la Asamblea, sino una Declaración aprobada por aclamación, esto es, un acto investido de cierta autoridad de la que carecen el resto de los instrumentos aprobados por la Asamblea. Esta cualidad puede afectar a sus efectos jurídicos hasta el punto de otorgarle un valor obligatorio pleno y, como consecuencia de ello, los estándares jurídicos universales consensuados conforme a lo establecido en la DEVAW podrían llegar a constituir una *opinio iuris* suficiente para crear una costumbre internacional, que prevalecería sobre cualquier instrumento jurídico posterior de carácter recomendatorio que aprobase la Asamblea. Esto nos conduciría a considerar la violencia doméstica como una forma de violencia contra la mujer de la que únicamente pueden ser víctimas las mujeres y las niñas, tal y como defienden las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer que, en el marco de la legislación modelo sobre violencia doméstica que han elaborado, subrayan que este tipo de violencia es una forma de violencia por razón de sexo dirigida contra la mujer, que ocurre en el seno de la familia y de las relaciones interpersonales²⁷.

Una de las medidas más importantes que incluyen las Resoluciones de la Asamblea y del Consejo de Derechos Humanos sobre la violencia doméstica es su tipificación y sanción. En este sentido instan a los Estados a que aprueben leyes que prohíban la violencia doméstica, incluida la violencia dentro de la pareja y la violación

²⁶ Vid. Statute of the International Court of Justice, cit. supra, artículo 38.

²⁷ Vid. A/66/215, cit. supra, párrafos 25 y 30 y E/CN.4/1996/53/Add.2, cit. supra, párrafos 2b), 3, 5, 7 y 11. El marco de legislación modelo sobre este tipo de violencia insta a los Estados a que definan lo más ampliamente posible los actos de violencia doméstica y las relaciones en las que ocurre la violencia doméstica, defendiendo que se legisle claramente que la violencia contra las mujeres, tanto en la familia como en las relaciones interpersonales, constituyen violencia doméstica.

conyugal, prescriban medidas punitivas que castiguen a sus autores, y establezcan una protección jurídica adecuada para las víctimas y los testigos contra las represalias por presentar denuncias o pruebas²⁸. Para nosotros, una de las consecuencias con más trascendencia que se deriva de la consideración de la violencia doméstica como delito perseguido y castigado por la ley es la posibilidad de que terceros ajenos al ámbito estrictamente doméstico y familiar puedan denunciar los actos de agresión que se producen en su seno, lo que permite implicar a toda la sociedad en la denuncia y persecución de este tipo de actos.

El tercer aspecto que consideramos interesante tratar es la consideración de la violencia doméstica como una forma de tortura de las contempladas en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes²⁹. Algunos autores no tienen duda en afirmar que la violencia doméstica constituye una forma de tortura y lo fundamentan en el artículo 7 del PIDCP y el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura. Así, cuando los actos de violencia doméstica cometidos por un particular -que no es agente del Estado ni actúa por su cuenta- causen graves dolores o sufrimientos físicos y mentales a la mujer, se realicen de forma deliberada e intencionada con un propósito o fin concreto, y se produzcan con la participación tácita del Estado porque no ha ejercido la debida diligencia o no ha ofrecido protección a la mujer, constituyen una forma de tortura de las contempladas en la Convención, cuya prohibición forma parte del *ius cogens* del ordenamiento jurídico internacional. En esta línea ya se expresó Rhonda Copelon en 1994 cuando afirmaba que el proceso, los propósitos y las consecuencias de la tortura y de la violencia doméstica son “sorprendentemente similares”³⁰ y el hecho de que la violencia doméstica sea infringida en forma privada y no oficial no disminuye su atrocidad ni la necesidad de una sanción internacional. Para esta autora las consecuencias potenciales que implica para el Derecho Internacional las similitudes entre la tortura y la violencia doméstica, son tres: 1) la inclusión de la violencia doméstica dentro del marco jurídico que representan los instrumentos que prohíben la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante; 2) el reconocimiento de la violencia basada en el género como una violación independiente de los derechos humanos internacionales; y 3) el reconocimiento de la violencia basada

²⁸ Vid A/RES/71/170, cit. supra, párrafo 14 a) y A/HRC/29/L.16/Rev.1, cit. supra, párrafo 9 a).

²⁹ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 26 de junio de 1987, *Treaty Series*, vol. 1465. Instrumento de ratificación de España (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987).

³⁰ Entrecomillado propio.

en el género, junto con la tortura, como *ius cogens*, como una violación de las normas internacionales consuetudinarias con carácter obligatorio que expresan valores de importancia suprema, prevalentes y fundamentales para la comunidad internacional³¹. En parecido sentido se ha expresado más recientemente Sanz Caballero, que apina que la violencia intencionada, que cause grave sufrimientos y sea ejercida por particulares “pero en la que existe omisión, aquiescencia o desinterés sistemáticos del Estado mediante sus políticas públicas o la ausencia de éstas, también puede constituir tortura - aunque ocurra en el seno del hogar- dado que el Estado está permitiendo con su indiferencia que la violencia continúe”³². Para otros autores, por el contrario, la tortura es un tormento infligido por una autoridad con propósitos públicos y el ámbito de protección de la Convención contra la Tortura únicamente incluye los actos cometidos por agentes del Estado, o que actúan por su cuenta, con independencia de que se comentan en instalaciones públicas o privadas, como puede ser el hogar familiar³³.

Los mecanismos especiales de derechos humanos que se ocupan de la tortura y de la violencia contra la mujer reconocen de forma explícita que la violencia doméstica y otros tipos de violencia contra la mujer pueden constituir una forma de tortura, señalando el paralelismo entre la tortura “oficial” y la tortura en “privado” en lo que atañe a estrategias, procesos y trauma resultante. De esta manera, cuando el Estado no ejerce la debida diligencia ni ofrece una protección equitativa para impedir, investigar, enjuiciar y castigar la violencia en el hogar, esta violencia -al igual que la tortura oficial- se produce con la participación por lo menos tácita del Estado, que la consiente o la tolera, lo que puede constituir una forma de tortura o de malos tratos prohibidos en la Convención contra la Tortura y en el PIDCP³⁴. A juicio del Relator Especial sobre la

³¹ Vid. COPELON, op. cit., p. 133. Para la autora, en la violencia doméstica -abrumadoramente iniciada por el hombre e infringida sobre la mujer- confluyen los elementos que definen la tortura: el dolor y el sufrimiento físico o mental severos; la intencionalidad; los propósitos prohibidos; y la participación oficial, ya sea de forma activa o pasiva.

³² Vid. SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...* op. cit., p. 192. En opinión de la autora, el hecho de que el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura haya sugerido añadir otro elemento constitutivo de la tortura, como es, la impotencia de la víctima acrecienta la probabilidad de que los malos tratos sufridos por una mujer a manos de un varón sean considerados tortura. *Ibidem*, p. 190.

³³ PEEL, M.: *Rape as a method of torture*, Peel, M. (ed.), Medical Foundation for the care of victims of torture, 2004, pp. 7-20. Véase también, PETERS, E.: *Torture*, Basil Blackwell, 1ª ed., New York, 1985; pp. 3 y 4.

³⁴ Vid.: E/CN.4/1996/53, cit. supra, párrafos 42 a 49; Observación General número 28 del Comité de Derechos Humanos, cit. supra, párrafos 11 a 13; CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, Observación General nº 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, párrafos 18 y 22. La idea de la extensión de la responsabilidad de los Estados por los actos de tortura o malos tratos perpetrados por sujetos privados cuando estos no han ejercido la debida diligencia, así como la consideración del género como un factor fundamental a tener en cuenta en la aplicación de la Convención, se repiten en la Observación General número 3 en la

Tortura, el artículo 1 de la citada Convención se ha utilizado para excluir del ámbito de protección de la norma la violencia contra la mujer al margen del control directo del Estado. Sin embargo, afirma el Relator, el lenguaje utilizado en este artículo hace extensivas las obligaciones del Estado a la esfera privada y debería entenderse que abarca la falta de protección por parte del Estado de todas las personas que estén dentro de su jurisdicción. De tal modo que, el artículo 1 de la Convención contra la Tortura refuerza la DEVAW, en particular lo dispuesto en su artículo 4 c) que obliga al Estado a proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares³⁵. La opinión del Relator sobre la Tortura pone de manifiesto en este punto la persistente separación de la esfera pública y privada en los grandes textos de derechos humanos que han silenciado las voces de las mujeres y han contribuido de esta manera a su desprotección internacional. En opinión de Sanz Caballero, el hecho de que el Relator Especial sobre la Tortura haya sugerido añadir la impotencia de la víctima como elemento constitutivo de la tortura, acrecienta la probabilidad de que los malos tratos sufridos por una mujer a manos de un varón sean considerados tortura³⁶.

A nuestro juicio, el enfoque de la violencia doméstica -y de otras formas de violencia que se producen en el seno de la familia- como una forma de tortura es un avance importante en la protección de la integridad de la mujer que ofrece el Derecho Internacional, puesto que extiende el ámbito de responsabilidad de los Estados por los malos tratos hacia ésta cometidos por particulares en el ámbito familiar al cumplimiento de lo dispuesto en la Convención contra la Tortura, ampliamente ratificada.

que el Comité aborda el derecho de la víctima de tortura a la reparación y a una indemnización justa y adecuada conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Convención. *Vid.* CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012, Observación General nº 3, “Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, párrafos 7, 33 y 39.

³⁵ *Vid.* A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008, Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, párrafos 31 y ss. Para el Relator sobre la tortura, el consentimiento del Estado a la violencia doméstica se puede manifestar de diversas formas. Por ejemplo, a través de leyes civiles que discriminen o limiten los derechos de las mujeres, o en los casos que el derecho interno no brinde una protección adecuada frente al maltrato en el hogar, o, en el supuesto de que la brinden, los funcionarios policiales y judiciales no la apliquen.

³⁶ *Vid.* SANZ CABALLERO, *¿La violencia contra la mujer...?*, op. cit., p.192. El Relator sobre la Tortura entiende el elemento de la impotencia como “la intención de mantener a la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, con lo que se trata de someter a la persona y de despojarla de su capacidad de resistencia y autonomía, con el objetivo último de dominarla totalmente.” *Vid.* A/HRC/7/3, cit. supra, párrafo 45.

La evolución de la jurisprudencia internacional es otro aspecto que consideramos importante en esta materia. Las decisiones judiciales más emblemáticas enfocan la violencia en el ámbito de la familia, en particular la violencia doméstica, como una forma de violencia contra la mujer y una forma de tortura. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en sus primeras sentencias obviaba la dimensión de género, amplió los derechos reconocidos que podrían resultar lesionados en casos de violencia contra las mujeres y reconoció que esta violencia lesiona los derechos más fundamentales, los derechos inderogables establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tales como el derecho a la vida o el derecho a no sufrir tortura o malos tratos³⁷. El asunto más emblemático en esta materia, el *caso Opuz contra Turquía* (2009)³⁸, recoge valiosos pronunciamientos sobre la violencia doméstica considerada como una forma de tortura y un acto de carácter discriminatorio. En este caso, el Tribunal apeló a la teoría de las obligaciones positivas de los Estados para proteger las vidas de las personas que están bajo su jurisdicción con objeto de que no sean objeto de tortura, de penas o de tratos inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por individuos privados. El hecho de que la sentencia considere la violencia sufrida por la víctima como tortura, convierte a esta sentencia, a juicio de Alija Fernández, en un hito en la lucha para erradicar la violencia doméstica contra las mujeres en Europa³⁹. Entre las sentencias dictadas por el Tribunal europeo en este sentido, podemos citar el caso *Branko Tomasic* que reafirma el deber de los Estados de llevar a cabo una investigación oficial efectiva para asegurar la aplicación de las leyes nacionales que protegen la vida en los casos de violencia doméstica; y el caso *B. contra la República de Moldavia* que considera que el respeto a la vida privada y familiar incluye el respeto a la integridad física y psicológica de una persona, y los Estados, en consecuencia, tienen el deber de proteger dicha integridad, manteniendo y aplicando un marco jurídico adecuado que ofrezca protección contra los actos de violencia por parte de los particulares⁴⁰.

³⁷ ALIJA FERNÁNDEZ, R.A.: “La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa” en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pp. 1-48, pp. 5-21.

³⁸ *Case of Opuz v. Turkey*, cit. supra, párrafos 128, 153, 159 y 192.

³⁹ Vid. ALIJA FERNÁNDEZ, op. cit. p. 17.

⁴⁰ *Case of Branko Tomasic and Others v. Croatia* (Application no. 46598/06) 15 January 2009, párrafos 49, 61, 62; *Case of B. v. The Republic of Moldova* (Application no. 61382/09), 16 July 2013, párrafos 69 y 70; *Case V.C. v. Slovakia*, párrafo 165.

Otras sentencias representativas de la doctrina del TEDH sobre violencia doméstica: *Case of Kontrova v. Slovakia* (Application no. 7510/04) 31 May 2007; *Case of X and Y v. The Netherlands* (application no. 8978/80), 26 de marzo 1985; *Case of Aydin v. Turkey* (57/1996/676/866), 25 september 1997; *Case of*

En el ámbito regional de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Maria da Penha Maia Fernández* aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará para sostener que el Estado de Brasil no había actuado con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica⁴¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en el caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, afirmó que la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva frente a actos de violencia contra la mujer que vulneren sus derechos debe mantenerse “cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁴².

Finalmente, queremos apuntar algunas notas en relación con la implementación de las normas que acabamos de estudiar. Según el informe de 2016 del Secretario General sobre la “Intensificación de los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer y la niña”, los Estados en general han fortalecido sus marcos jurídicos, normativos e institucionales en relación con la violencia en el ámbito de la familia. Así, de los 173 países examinados en el informe, 127 disponían de leyes sobre violencia doméstica, muchas de ellas redactadas con un enfoque integral. Si bien, la mayoría de éstas no abarcaban la violencia económica, únicamente la violencia física, sexual y psicológica⁴³. El informe concluye que aún se aprecian numerosas lagunas en los

Eremia and Others v. The Republic of Moldova (Application no. 3564/11) 28 May 2013, párrafos 74 y 79; caso *Kalucza contra Hungría* (*Case of Kalucza v. Hungary*) (Application no. 57693/10) 24 April 2012); caso *Hajduová contra Eslovaquia* (*Case of Hajduová v. Slovakia*) (Application no. 2660/03) 30 November 2010); caso *A. contra Croacia* (*Case of A. v. Croatia*) (Application no. 55164/08) 14 October 2010); caso *E.S. y otros contra Eslovaquia*; caso *Bevacqua y S. contra Bulgaria* (*Case of Bevacqua and S. v. Bulgaria*) (Application no. 71127/01) 12 June 2008); *Case of Durmaz v. Turkey* (Application no. 3621/07) 13 November 2014.

⁴¹ CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, Caso 12.051, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001. Maria da Penha padece de paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1983 como resultado de las agresiones continuas de su marido. La Comisión consideró que el caso individual de Maria da Penha se enmarcaba en un patrón general de tolerancia del Estado y de ineficiencia judicial ante casos de violencia doméstica.

⁴² Caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, cit. supra, párrafos 248, 249, 291, 292 y 293.

⁴³ Vid. Informe del Secretario General A/71/219, 27 de julio de 2016, *Intensificación de los esfuerzos* ..., cit. supra párrafos 39 y ss. Según el informe, algunas de estas leyes se han centrado en algún aspecto particular de la violencia como, por ejemplo, la prevención –caso de China y Turquía–; otras han ampliado la definición de la violencia doméstica o el alcance de la protección mediante la inclusión del feminicidio –caso de Argentina, Colombia, México o Italia–; y otras han incorporado sanciones más duras cuando la violencia se dirige contra mujeres embarazadas o se lleva a cabo en presencia de los hijos de la víctima –caso de Marruecos–. El informe destaca que en el campo de la prevención, las intervenciones de los Estados están orientadas a los hombres y los niños, mediante campañas de sensibilización, apoyo a las organizaciones de hombres y políticas encaminadas a influir en ellos. En el campo de la asistencia a las víctimas, hay una tendencia a ampliar la disponibilidad de servicios, a

sistemas jurídicos, que apuntan, a la carencia de leyes específicas que tipifiquen como delito la violencia doméstica, la violación en el matrimonio, el incesto y las prácticas tradicionales nocivas, entre otros⁴⁴.

En el caso de nuestro país, el ordenamiento español contempla la violencia en el ámbito familiar, afectivo o similar con un enfoque separado de la violencia de género. La Ley Integral de Violencia de Género, sin hacer mención de la violencia doméstica, incorpora agravaciones en determinados comportamientos delictivos que se fundamentan en la posición de dominio del autor-varón como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁴⁵. Pero, las agresiones en el ámbito de la familia, y aquí podemos incluir los malos tratos habituales típicos de la violencia doméstica, se regulan en el artículo 173.2 de nuestro Código Penal⁴⁶ de manera neutra en cuanto al género, esto es, el autor viene definido por su relación con la víctima y no por su condición de hombre⁴⁷. Por consiguiente, las víctimas de malos tratos habituales por su cónyuge o pareja íntima pueden ser tanto hombres como mujeres pues no se contemplan como una forma de violencia de género. Estamos de acuerdo con los autores que piensan que la configuración de este tipo de violencia como categoría separada de la violencia contra la mujer y con un enfoque neutro en cuanto al género, puede conducir a un equívoco grave entre ambos conceptos que diluye el concepto de violencia contra la mujer entre otras manifestaciones de agresividad que no tienen su causa en el sexo de la víctima, y que provoca que la violencia contra las mujeres quede oculta, lo que impide que la sociedad visualice de modo claro que la violencia contra las mujeres es un tipo específico de

mejorar su financiación y su accesibilidad. Finalmente, la disponibilidad de datos sigue siendo desigual entre los países y dentro de ellos. En relación con la recopilación de datos, la base de datos mundial sobre la violencia contra la mujer comenzó a funcionar en marzo de 2016 y está accesible en la página oficial de ONU Mujeres: <http://evaw-global-database.unwomen.org/en> (última visita 14/04/2019).

⁴⁴ Vid. A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafos 275 a 283.

⁴⁵ L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral, cit. supra.

⁴⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995), artículo 173: “2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar...”

⁴⁷ Un análisis de la perspectiva de género de la Ley Integral y su incidencia en las disposiciones del Código Penal español en: PRIETO DEL PINO, op. cit., pp. 115- 150; RUEDA MARTÍN, M^a A.: *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Reus, Madrid, 2012, pp. 159 y ss.

violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima -el hecho de ser mujer- y que constituye una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres⁴⁸.

En nuestra opinión, la legislación española en este punto tiene un marcado carácter restrictivo de la protección de la integridad de la mujer frente a los actos de violencia que sufre ésta en el ámbito familiar. El punto de vista neutro en cuanto al género de los malos tratos habituales en la pareja invisibiliza la violencia doméstica como una forma de violencia contra la mujer y una violación independiente de los derechos humanos universales, incluida la violación conyugal, que no encuentra respuesta específica en nuestra legislación nacional. Como afirma Prieto del Pino, a la luz del criterio de la frecuencia con la que se producen los malos tratos habituales tipificados en el art. 173.2 del Código Penal en el contexto de las relaciones de pareja o expareja, parece inexplicable que nuestra Ley Integral de Violencia de Género no haya incidido sobre estos comportamientos⁴⁹.

2.- LAS PRÁCTICAS TRADICIONALES NOCIVAS.

Uno de los ejes centrales de la DEVAW es la prohibición de que los Estados invoquen alguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminar la violencia contra la mujer. En desarrollo de esta prohibición, la Asamblea General ha regulado de forma general las prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña en la Resolución 56/128 de 2002, en la que insta a los Estados a que aprueben leyes, políticas y programas que prohíban este tipo de prácticas, procesen a quienes las perpetúan y establezcan mecanismos nacionales que vigilen la aplicación de dicha legislación⁵⁰.

La apelación a costumbres o a determinados valores culturales es el fundamento de la persistencia de estas prácticas que causan a las mujeres y niñas graves sufrimientos y daños físicos y psíquicos durante toda su vida. Así, pese a su prohibición, las prácticas nocivas se mantienen en la actualidad en las formas comúnmente conocidas y en otras

⁴⁸ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 07-08 (2005), pp. 08:1-08:23, p. 08:4.

⁴⁹ Vid. PRIETO DEL PINO, op.cit., p. 128.

⁵⁰ Vid. A/RES/56/128, 30 de enero de 2002, prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña. Preámbulo y párrafo 3.

que pasan desapercibidas y permanecen silenciadas, en algunos casos con el respaldo de las legislaciones internas de los países en las que se producen⁵¹.

Para el Comité CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, las prácticas nocivas son una forma de discriminación y de violencia contra las mujeres y las niñas. En la Recomendación/Observación conjunta de ambos Comités se establecen los siguientes criterios para determinar la nocividad de una práctica: a) que constituya una negación de la dignidad o integridad de la persona y una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales; b) que represente una discriminación contra las mujeres o los niños que comporte consecuencias negativas, incluidos daños físicos, psicológicos, económicos y sociales o violencia; c) que sea una práctica establecida o mantenida por unas normas sociales que perpetúan el predominio del sexo masculino y la desigualdad de mujeres y niños, por razón de sexo, género, edad y otros factores interrelacionados; y d) que sea impuesta a las mujeres y los niños, con independencia de que la víctima preste su consentimiento pleno, libre e informado⁵².

Queda claro que la cultura es uno de los fundamentos que mantiene vivas las prácticas dañinas en muchos países del mundo. Pero, además del factor cultural, hay dos ideologías que siguen dominando la opinión pública e impiden su erradicación: la ideología basada en el control de la sexualidad femenina y la ideología basada en la masculinidad y la violencia⁵³. En el aplaudido e impactante informe sobre las intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer, la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer desmonta el fundamento de la cultura -entendida como “el conjunto de características espirituales, materiales, intelectuales y emotivas comunes de la experiencia humana, que se crea y se construye dentro de una práctica social”⁵⁴- en la

⁵¹ Vid. E/CN.4/2002/83, cit. supra. En los párrafos 12 a 97, la Relatora señala las prácticas nocivas más inquietantes, entre ellas: la consagración de jóvenes a los templos -sistema *devadasi* en la India, *duki* o *devaki* en Nepal o las *trokosi* de Benin, Nigeria, Togo y Ghana-; la caza o la quema de brujas -principalmente en las comunidades asiáticas y africanas-; la discriminación basada en la casta - los *dalits* o intocables de la India y en otras partes de Asia Meridional o los *buraku* de Japón-; la preferencia de los padres por los hijos varones -se produce en casi todos los países de África y Asia-; la antigua costumbre china del vendaje de los pies; la limitación de derechos fundamentales como, por ejemplo, la libertad de circulación -Arabia Saudí permitió conducir vehículos a las mujeres en 2017-; el aislamiento de la mujer durante el periodo menstrual; la imposición de una determinada vestimenta en público; el mito de determinados cánones de belleza y juventud que ocasiona trastornos alimentarios; y el incesto.

⁵² Vid. Observación/Recomendación conjunta, cit. supra, párrafos 15 y 16. El Comité de los Derechos del Niño y el Comité CEDAW definen este tipo de prácticas como “formas de conducta que se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otras cosas, además de formas múltiples o interrelacionadas de discriminación que a menudo conllevan violencia y causan sufrimientos o daños físicos o psíquicos”.

⁵³ Vid. E/CN.4/2002/83, cit supra, párrafos 98 a 108.

⁵⁴ Vid. A/HRC/4/34, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, cit. supra, párrafo 17.

defensa de las prácticas tradicionales dañinas. Así, la Relatora examina los paradigmas dominantes basados en la cultura -esencialismo, relativismo y políticas de identidad- que justifican o explican las violaciones de los derechos de las mujeres y reducen la violencia contra la mujer a un problema cultural⁵⁵.

El esencialismo ha reducido la universalidad de las normas de derechos humanos, cuestionando su legitimidad en base a la cultura, lo que ha llevado aparejado que los valores comunes compartidos por la comunidad internacional -como, por ejemplo, el principio de igualdad entre hombres y mujeres- en la práctica no se cumplan de forma adecuada⁵⁶. Este paradigma -afirma la Relatora- ha dado lugar a contradicciones en el marco jurídico internacional de derechos humanos, pues si bien las normas y declaraciones internacionales -especialmente la DEVAW- establecen la primacía del derecho de la mujer a no estar sometida a violencia hay instrumentos internacionales que promueven la diversidad cultural sin garantizar debidamente ese derecho. Y cita como ejemplo, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO que no hace ninguna referencia explícita a la Convención CEDAW ni a la DEVAW ni al principio de la igualdad entre los géneros en general⁵⁷.

⁵⁵ Para la Relatora, la cultura constituye una fuente primordial de sistemas normativos que ofrecen la justificación para pautas variadas de funciones e identidades de género, que expresan relaciones de poder. Desde este punto de vista, la desigualdad entre los géneros y la violencia asociada a ella es uno de los elementos culturales comunes de la historia de la humanidad que trasciende todas las civilizaciones. A su juicio, cada vez más se emplean paradigmas relativistas culturales y políticas de identidad para restringir los derechos de las mujeres, así como interpretaciones esencialistas de la cultura para justificar la violación de los derechos de la mujer en nombre de la cultura o para condenar categóricamente culturas "de otros" por ser intrínsecamente primitivas y violentas hacia las mujeres. Ambas variantes del esencialismo cultural pasan por alto, a su juicio, las dimensiones universales de la cultura patriarcal que subordinan a las mujeres en todas las sociedades. Según la Relatora, las "culturas" son las culpables de buena parte de la violencia sistemática que se ejerce contra las mujeres tanto en el Norte como en el Sur *Ibidem*, párrafo 18 y ss.

⁵⁶ Esta idea se aplica particularmente a los derechos humanos de las mujeres, que se ven amenazados, e incluso totalmente sacrificados, por las reivindicaciones culturales específicas en muchas partes del mundo. Paralelamente al cuestionamiento de la legitimidad de las normas universales de derechos humanos, se observa lo que la Relatora expresa como "una tendencia a "esencializar" las culturas tradicionales del Sur mundial como intrínsecamente perjudiciales para las mujeres". *Ibidem*, párrafo 16 y ss.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 35. Afirma la Relatora que la Convención de la UNESCO reconoce formalmente que nadie podrá invocar sus disposiciones para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el Derecho Internacional, o para limitar su ámbito de aplicación, pero no hace ninguna referencia explícita a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer o el principio de la igualdad entre los géneros en general. Es más -continúa diciendo la Relatora- el artículo 20 parece indicar que la Convención de la UNESCO no está subordinada a los demás tratados. Estas ambigüedades de redacción podrían tentar a los Estados que han formulado reservas importantes a la Convención CEDAW, u otros convenios sobre derechos humanos, alegando motivos de cultura -o incluso a los que nunca ratificaron esas Convenciones- a invocar la Convención de la UNESCO de mala fe para justificar políticamente sus posiciones.

El paradigma del relativismo cultural pone en tela de juicio la universalidad y validez, en un contexto local, de los derechos humanos a través de discursos relativistas que los presentan como imposiciones externas -en general, occidentales- incompatibles con la cultura local. Esta visión cultural victimista, en opinión de Sanz Caballero, pasa por alto las relaciones entre cultura, opresión y estructuras de poder⁵⁸.

Finalmente, las políticas de identidad han convertido la noción de cultura en un instrumento para nuevas formas de opresión, en sus variantes occidentalista u orientalista y han servido a los sistemas judiciales para disculpar actos de violencia contra la mujer, e incluso para mantener sistemas de justicia paralelos que castigan a las mujeres que transgreden las normas sociales⁵⁹. Ahondando en esta idea, Sanz Caballero sostiene que los Estados occidentales consideran los casos de violencia contra la mujer que se producen dentro de su sociedad como casos aislados o, a lo sumo, una cuestión de orden público despolitizada, pero no lo consideran un problema que genere su propia cultura - las prácticas culturales que discriminan a la mujer con frecuencia se consideran como propias de "otros"- ignorando que la discriminación de la mujer en la sociedad occidental que da lugar a la violencia se basa en estereotipos machistas, en relaciones de poder desiguales que forman parte de la cultura occidental⁶⁰.

Estos tres paradigmas culturales están plagados de mitos que deben cuestionarse para avanzar en el programa internacional de derechos humanos en general, y en la eliminación de la violencia contra la mujer en particular, ya que favorecen las representaciones culturales que defienden la violación de los derechos de la mujer⁶¹. En definitiva, lo que la Relatora defiende y argumenta es que la cultura, como toda ideología y expresión humana, debe tener por límite los valores y derechos que la

⁵⁸ Un análisis del informe de la Relatora Especial en SANZ CABALLERO, *La mujer maltratada...* op. cit., p. 69.

⁵⁹ En los países occidentales, la incidencia de la cultura sobre la discriminación de la mujer es más sutil, de manera que las normas culturales que definen las relaciones entre los géneros con frecuencia no se cuestionan o ni siquiera se perciben como cultura. Como ejemplos, los horarios escolares de media jornada, los horarios laborales, o la imagen generalizada de la mujer en los medios de comunicación, y los ideales poco realistas de belleza femenina, desencadenantes de prácticas perjudiciales autoimpuestas. En opinión de la Relatora Especial estas prácticas culturales aparentemente triviales complementan las ideologías de género que dan prioridad a las funciones reproductivas de la mujer y refuerzan, aunque de forma discreta, su subordinación. *Vid.* A/HRC/4/34, cit. supra, párrafo 43.

⁶⁰ *Vid.* SANZ CABALLERO, *La mujer maltratada...* op. cit., p. 70.

⁶¹ Algunos de estos mitos son: a) la cultura es estática e inmutable; b) la cultura es homogénea y monolítica; c) la cultura es apolítica; y, d) la cultura está desvinculada de las relaciones de poder imperantes y de las circunstancias económicas y sociales. Los mitos, viene a decir la Relatora, impiden ver que la cultura evoluciona, es diversa y dinámica, que no sólo hay una cultura ni una única interpretación de las tradiciones y que, además, la cultura es utilizada al servicio de los intereses que imperan en un momento dado. *Vid.* A/HRC/4/34, cit. supra, párrafos 42 y ss.

comunidad internacional se ha comprometido a respetar en defensa de la dignidad del ser humano.

Para resolver el conflicto entre el respeto de la cultura y la eliminación de prácticas opresivas en su nombre, se ha apostado por diferentes estrategias. Para algunos, la adopción de una legislación punitiva es el camino más eficaz para erradicar este tipo de prácticas -la India logró acabar con el infanticidio femenino mediante una ley especial y China con la costumbre del vendaje de los pies-, aunque no el único. Muchos activistas de derechos humanos apuestan por estrategias que incidan en la salud y en la educación para lograr cambios a largo plazo. Uno de los logros conseguidos con este enfoque ha sido el proyecto de ritos de paso alternativo en Kenya, iniciativa que sustituye la práctica de la mutilación genital femenina por un nuevo rito denominado “circuncisión con palabras” -ritual Ntano Na Mugambo- como ceremonia de la mayoría de edad⁶². Los mecanismos de derechos humanos, por su parte, suman a éstas otros tipos de estrategias para restablecer los valores universales. La Relatora Especial sobre violencia, por ejemplo, aboga por la “negociación cultural”, en la que se destaquen los elementos culturales positivos al mismo tiempo que se desmitifican los elementos opresivos de los discursos basados en la cultura⁶³.

A nuestro juicio es interesante el nuevo enfoque basado en otras estrategias que no sea la exclusivamente sancionadora para abrir paso a una nueva cultura basada en los derechos humanos, si bien, ninguna de estas estrategias centradas en la educación o en la salud, por sí solas, sería suficiente garantía para la eliminación de las prácticas dañinas y la protección de los derechos de las mujeres y las niñas si no vienen acompañadas de normas jurídicas que prohíban y castiguen el ejercicio de estas prácticas. No debemos olvidar que casi todas estas prácticas afectan mayoritariamente a las niñas, que se convierten en uno de los colectivos más vulnerables y desprotegidos frente a estas formas de violencia contra la mujer.

⁶² Vid. E/CN.4/2002/83, cit. supra, párrafos 109 a 119. Sobre la eliminación de la mutilación genital en Kenya, véase: <http://www.unfpa.org/es/news/> (última consulta 12/04/2019).

⁶³ En opinión de la Relatora Especial “la negociación de la cultura con las preocupaciones de derechos humanos intrínsecamente pone en tela de juicio, deslegitima, desestabiliza, rompe y, a largo plazo, destruye las jerarquías opresivas”. A medida que se refuercen los discursos relativistas -dice la Relatora- necesitamos invocar, sin avergonzarnos, los derechos humanos universales y defender los principios por los que las mujeres de todo el mundo han luchado. El cuestionamiento de la cultura -incluida la cultura de los derechos humanos universales-, la aplicación de una perspectiva política y económica en la comprensión de la cultura, y el abordaje de todas las formas de violencia contra la mujer en intersección con otras formas de desigualdad, son estrategias que pueden ayudar a resolver el conflicto entre el respeto de las diversas culturas y la eliminación de las prácticas opresivas en nombre de la cultura. Vid. A/HRC/4/34, cit. supra, párrafos 56 a 72.

Como hemos apuntado, algunas prácticas tradicionales nocivas no han recibido aún respuesta en el Derecho Internacional, otras, en cambio, las más conocidas, han sido objeto de regulación específica. A continuación, abordaremos la manera en la que el Derecho Internacional protege a las mujeres y las niñas frente a estas prácticas en particular.

2.1.- La mutilación genital femenina (MGF).

Gracias a la labor de las feministas europeas y estadounidenses que en la década de los años 70 dieron amplia publicidad en los países occidentales de la MGF, la comunidad internacional reaccionó – fue una de las prácticas nocivas que de manera más temprana se reguló en el seno de Naciones Unidas-⁶⁴, y algunos países comenzaron a promulgar leyes que prohibían su realización. Sin embargo, la incidencia de esta práctica atroz cuyas consecuencias nefastas en la salud sexual y reproductiva acompañan a la mujer que la sufre a lo largo de toda su vida, alcanza en la actualidad a todas las regiones del mundo, cifrándose entre 100 y 140 millones las mujeres y niñas afectadas⁶⁵. Pese a su prohibición internacional, muchos países que disponen de normativa interna que sanciona la mutilación genital femenina cuentan con un altísimo porcentaje de mujeres mutiladas. Tal es el caso de Burkina Faso, República Centroafricana, Djibouti, Ghana, Guinea, Sudán o Egipto⁶⁶.

⁶⁴ Comité CEDAW, Recomendación General número 14, “La circuncisión femenina”, 1990. El Comité CEDAW abogaba por su erradicación, y recomendaba a los Estados Partes de la Convención que adoptasen medidas apropiadas y eficaces encaminadas a ponerle fin.

⁶⁵ Según la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, la mutilación genital femenina se practica en muchos países africanos, como el Chad, Côte d' Ivoire, Etiopía, Kenya, Malí, Nigeria, la República Unida de Tanzania, Sierra Leona, Sudán y Uganda. En el Oriente Medio, se practica en Egipto, los Emiratos Árabes Unidos, Omán y Yemen. En Asia se practica en la India, Indonesia, Malasia y Sri Lanka. Los inmigrantes de esos países realizan la mutilación genital femenina en Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos de América, Francia, Italia, los Países Bajos, Reino Unido y Suecia. Se sospecha que algunos grupos indígenas de América Central y América del Sur también la realizan. La mutilación genital femenina puede clasificarse en cuatro grupos: 1) Circuncisión o corte del prepucio, pliegue mucoso del clítoris, conocida en los países musulmanes como sunna (tradición). 2) Escisión, corte del clítoris y corte parcial o total de los labios menores. 3) Infibulación, corte del clítoris, los labios menores y por lo menos las dos terceras partes anteriores de los labios mayores y, a menudo, los labios mayores en su totalidad. 4) Intermedio, remoción del clítoris y la remoción total o parcial de los labios menores. *Vid.* E/CN.4/2002/83, cit. supra, párrafos 12 y 13.

⁶⁶ CASADO, V.: “La mutilación genital femenina como forma de violación de los derechos humanos”, en *Género y Derechos Humanos*, ANDRÉS GARCÍA INDA Y ENMANUELA LOMBARDO (Coord.), Mira Ed., Zaragoza, 2002, pp. 417 a 433, p. 429 y ss.

La persistencia de esta práctica revela la complejidad del problema y refuerza el argumento de la necesidad de adoptar otras estrategias para su erradicación, además de la jurídica y sancionadora. En esta línea, la doctrina ha puesto el acento en el enfoque integral y holístico y en el aspecto preventivo para acabar con una costumbre arraigada en un entramado social, cultural y económico muy complejo que dificulta la intervención⁶⁷. Jiménez García, por ejemplo, apuesta por *políticas de integración* con las comunidades afectadas que tengan en cuenta las diferencias culturales y la perspectiva social⁶⁸. Como señalan los autores, el Derecho por sí solo poco puede hacer para acabar con la MGF, sin embargo, y como también se ha advertido un enfoque exclusivamente cultural de este problema lleva consigo una excesiva criminalización de las comunidades que la practican. Si tenemos en cuenta que las víctimas de la MGF son habitualmente menores de edad que pertenecen a minorías desarraigadas –al menos en los países occidentales–, las políticas de integración se convierten en un valioso instrumento para intentar desterrar este tipo de prácticas. Para nosotros, sin embargo, aún serían más decisivas, incluso, las políticas de apoyo y fortalecimiento de la capacidad de decisión de las mujeres y niñas para no dejar de poner el foco en la verdadera raíz del problema que es la desigualdad y la discriminación.

La configuración de la MGF como una forma de violencia de género y como una forma de tortura ha sido defendida por la doctrina, los mecanismos de derechos humanos y los tribunales internacionales. Así, hay autores que opinan de forma rotunda que esta práctica no es más que una continuación desfigurada del patriarcado en sus formas más extremas⁶⁹. Mestre i Mestre señala el problema que acarrea las concepciones basadas en términos exclusivamente culturales. Uno de los más relevantes, a su juicio, es la excesiva atención hacia prácticas que contribuyen a la creación de un *inintegrable cultural*, prácticas reprobables de *los otros*, frente a otras formas de violencia contra la mujer. Este enfoque del problema como una cuestión cultural distante e incomprensible, que requiere diagnóstico y tratamiento diferenciado,

⁶⁷ MESTRE I MESTRE, R. M.: “Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, 29, pp. 205-219; NUÑO GÓMEZ, L.: La Mutilación Genital Femenina en Europa: el dilema de la triple alteridad” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, 29, pp. 185-204.

⁶⁸ JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013, de 4 de abril de 2013” en *REDI*, Vol. LXV (2013), 2, pp. 349 a 356, p.351.

⁶⁹ Vid. CASADO, op. cit., p. 433. En opinión de algunos autores, la MGF es una expresión de las desigualdades de género profundamente arraigadas que se basan en una mezcla de factores culturales, religiosos y sociales inherentes en las comunidades y familias patriarcales. Véase también: JIMÉNEZ GARCÍA, op. cit., p. 350.

da lugar a una criminalización excesiva de las comunidades que la practican, desatendiendo otros modos y formas culturales de violencia contra la mujer imbricadas en ideologías occidentales que subordinan de igual modo a las mujeres, como, por ejemplo, el amor romántico⁷⁰. Nuño Gómez, en la misma línea, opina que, si se desvincula la ablación de otras formas de violencia contra la mujer presentes en las sociedades de acogida, los esfuerzos por erradicar la mutilación pueden ser interpretados como una manifestación del imperialismo occidental o una persecución a determinadas costumbres y tradiciones culturales⁷¹.

Un hecho característico de la MGF es que la mayoría de sus víctimas son niñas⁷². Esta condición de vulnerabilidad de la víctima lleva al Relator Especial sobre la Tortura a afirmar que en la mutilación concurre con claridad el elemento de la impotencia de la víctima como requisito constitutivo de tortura. Por tanto, la mera existencia de una ley permisiva de la mutilación genital femenina equivaldría, a su juicio, al consentimiento o aquiescencia del Estado hacia la tortura prohibida en la Convención de 1987. Ni siquiera la llamada medicalización de la mutilación impide su consideración como tortura desde el punto de vista de los derechos humanos⁷³. En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales internacionales de derechos humanos. Así, en la sentencia del *caso Enitan Pamela Izevbekhai y otros contra Irlanda* (2011) sobre el riesgo de una mujer a sufrir mutilación genital en el caso de denegación de asilo y retorno a su país de origen, el TEDH afirma que la expulsión de un extranjero por un Estado puede dar lugar a una infracción del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -referido a la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes-, cuando existan y se hayan probado fundadas razones para creer que la persona en cuestión, si fuese deportada, se enfrentaría un riesgo real de ser sometida a mutilación genital⁷⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en

⁷⁰ Vid. MESTRE I MESTRE, op. cit., p. 213 y ss. Cursiva de la autora.

⁷¹ Vid. NUÑO GÓMEZ, op. cit., p. 201.

⁷² Según el Comité CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, la mutilación genital femenina es una práctica arraigada que se convierte en un requisito para contraer matrimonio y en un método eficaz para controlar la sexualidad de las mujeres y niñas. La OMS y UNICEF calculan que entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres en todo el mundo se han visto sometidas a algún tipo de mutilación genital femenina. Vid. Observación/Recomendación conjunta, cit. supra, párrafo 19.

⁷³ Vid. Informes del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: A/HRC/7/3, cit. supra, párrafos 28 a 55 y A/HRC/31/57, 5 enero 2016, párrafos 61 y 62.

⁷⁴ *Case Enitan Pamela Izevbekhai and Others v. Ireland*, Application núm. 43408/08, 17 mayo 2011. Párrafos 72, 73, 80 y 81. La demandante, ciudadana nigeriana que vivía en Lagos, solicitó asilo en Irlanda para proteger a sus dos hijas de la MGF en el supuesto de que fueran devueltas a Nigeria. Irlanda le denegó el estatuto de refugiadas y la solicitante planteó su queja ante el Tribunal al amparo del artículo 3 del Convenio por considerar que existía un riesgo real de que sus hijas quedaran expuestas a la MGF si

una de las sentencias más representativas del sistema regional interamericano, el caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs México*, afirma que los Estados deben eliminar de su ordenamiento jurídico disposiciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas discriminatorias y adoptar medidas que reconozcan y aseguren la igualdad efectiva⁷⁵.

La regulación actual que prohíbe esta práctica en el sistema universal está basada en la Resolución 67/146 de la Asamblea General del año 2012 sobre la intensificación de los esfuerzos mundiales para la erradicación de la mutilación genital femenina, que destaca dos de los graves problemas actuales en relación con esta práctica: su medicalización -se observa un aumento de las mutilaciones realizadas por personal médico en todas las regiones donde tiene lugar esta práctica- y su deslocalización como consecuencia de los movimientos migratorios, lo que ha llevado a algunos países occidentales, como, por ejemplo, Francia, Suecia, Suiza, Gran Bretaña, etc., a adoptar o reformar sus leyes para sancionarla⁷⁶. Conforme a la Resolución de la Asamblea, los Estados deben condenar esta práctica, ya se realice dentro o fuera de instituciones sanitarias y deben adoptar medidas legales para su prohibición, protección a las mujeres y fin de su impunidad, además de otras dirigidas a la concienciación, educación, y prevención⁷⁷.

Algunos sistemas regionales recogen la prohibición y tipificación de la MGF como una forma de violencia contra la mujer en normas convencionales de carácter vinculante, tal es el caso del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Unión Africana. En el primer caso, el Convenio de Estambul introduce, además, una novedad que afecta particularmente a la mutilación genital femenina. Se trata del principio de extraterritorialidad que permite ampliar la competencia de los tribunales nacionales cuando estos delitos son cometidos en el

fuera expulsadas a Nigeria. Las mismas consideraciones se repiten en el caso *Omeredo contra Austria (Case Mary Magdelene Omeredo v. Austria, Application núm. 8969/10, 20 septiembre 2011)* que también versa sobre un supuesto de denegación de asilo de una ciudadana nigeriana que alegó el riesgo que corría de ser sometida a la MGF si era expulsada a su país. En este caso el Tribunal adoptó la misma decisión y apreciando las posibilidades de la demandante, debido a su formación y experiencia de trabajo, para ser capaz de construir una vida en Nigeria sin tener que contar con el apoyo de su familia, evitando el riesgo de ser sometida a la MGF, desestimó la demanda por infundada.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafos 258 y 401.

⁷⁶ *Vid.* A/RES/67/146, de 20 de diciembre de 2012, Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina, preámbulo.

⁷⁷ *Ibidem*, párrafos 1, 4, 10 y ss.

extranjero por sus nacionales y residentes⁷⁸. El Protocolo de Maputo, por su parte, regula de manera pormenorizada las obligaciones de los Estados, entre ellas, la obligación de prohibir, a través de medidas legislativas que conlleven sanciones, todas las formas de MGF, escarificación, medicalización y para-medicalización de la mutilación⁷⁹. Otros sistemas, sin embargo, como, por ejemplo, la UE, regulan esta práctica a través de normas de carácter recomendatorio, no vinculantes, que, si bien poseen un indudable valor declarativo en cuanto que muestran el compromiso de las instituciones europeas con un problema que afecta a unas 500.000 mujeres en Europa, pone de manifiesto la insuficiencia del marco normativo comunitario para la erradicación de esta práctica. Esta cortedad ha llevado al Parlamento de la UE a solicitar de la Comisión una propuesta de acto legislativo que contemple medidas de prevención frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la MGF, y la adopción de una Estrategia global en la materia⁸⁰. La realidad es que esta práctica está prohibida en los ordenamientos jurídicos de todos los países europeos, bien por leyes especiales o por disposiciones generales de los Códigos Penales y, curiosamente, tiene escasa incidencia en los juzgados europeos⁸¹.

La regulación española no contempla la mutilación genital como una forma de violencia contra la mujer, sino como un delito de lesiones del que pueden ser víctimas tanto hombres como mujeres⁸². Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003 que introduce el nuevo tipo penal de la mutilación genital, hace referencia a la mutilación genital de mujeres y niñas como una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza y que justifica la aprobación de la reforma penal. No obstante, este

⁷⁸ Council of Europe Convention on preventing... cit. supra, artículos 38 y 44.

⁷⁹ Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa, 1 julio de 2003, artículo 5.

⁸⁰ Vid. Resolución del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 2014 "Hacia la eliminación de la mutilación genital femenina" (2014/2511(RSP), párrafos B, E, G y H y artículos 4, 7 y 8.

⁸¹ JOHNSDOTTER, S., MESTRE I MESTRE, R.M.: *Female genital mutilation in Europe: An analysis of court cases*, European Commission: Directorate-General for Justice, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2015. Mestre i Mestre apunta algunas explicaciones posibles a esta disparidad: el trabajo de prevención y protección de las distintas políticas sociales es efectivo; los profesionales que tienen que denunciar los casos no están preparados para detectarlos o bien no denuncian porque entienden que el daño ya está hecho; y el número de casos sin registrar es inferior al de las estimaciones oficiales. Vid. MESTRE I MESTRE, op. cit. p. 212.

⁸² Artículo 149.2 del Código Penal, introducido por la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (BOE 283, 26/11/2003): "2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección".

compromiso no se traslada a la parte dispositiva del texto que está redactada de forma neutra en cuanto al género. En nuestra opinión, tras la ratificación del Convenio de Estambul por parte de España, nuestro país está obligado a emprender reformas legales que contemplen la mutilación genital femenina como una forma de violencia contra la mujer, tal y como está previsto en el tratado.

El problema de la MGF no es ajeno a España como lo demuestra la actividad de nuestros tribunales⁸³. Una de las decisiones judiciales más controvertidas ha sido la de la Audiencia Nacional en la Sentencia 9/2013, la primera que aplica el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -justicia universal- en su modificación dada por la L.O. 3/2005, de 8 de julio, aprobada para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina⁸⁴. Esta sentencia pone en evidencia los problemas del tratamiento de la persecución de la MGF en función de los procesos migratorios y la aplicación del principio de extraterritorialidad, que, para Jiménez García, puede dar lugar a la reproducción de patrones discriminatorios⁸⁵. Y, efectivamente, en el caso enjuiciado por la Audiencia coincidimos con el autor cuando afirma que los patrones discriminatorios se ponen de manifiesto con la condena de la madre de una niña que fue mutilada en Senegal antes de emigrar a España, como autora responsable de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital con la concurrencia de un error de prohibición vencible, y la absolución del padre de la niña porque residía en España cuando se produjeron los hechos, aún siendo conocedor de la ilegalidad de esta práctica⁸⁶.

En resumidas cuentas, la incidencia de la MGF alcanza a todas las regiones del mundo. Su medicalización y su deslocalización son los dos graves problemas que dificultan en la actualidad su eliminación. La condena y prohibición de esta práctica está avalada por las normas universales, regionales y por los tribunales internacionales de derechos humanos. Sin embargo, las insuficiencias del ordenamiento jurídico internacional propician que, aún estando prohibida y castigada por el Derecho

⁸³ Sentencia 4815/2010 de 11/05/2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 197/2011 de 15/11/2011 de la Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 4991/2013 de 13/05/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁸⁴ Sentencia Audiencia Nacional 9/2013, 4 de abril de 2013; L.O. 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, artículo único.

⁸⁵ *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, op. cit., p. 356.

⁸⁶ Un análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013 en JIMÉNEZ GARCÍA, op.cit., p. 356.

Internacional, la incidencia de esta práctica nociva, con consecuencias atroces y duraderas en la salud de las mujeres y las niñas, sea altísima, y que muchas legislaciones internas no contemplen la MGF como una forma de violencia contra la mujer. Si bien es cierto que la estrategia jurídica no es la única, ni la definitiva, para abordar la violencia que sufren las mujeres por el hecho de serlo, creemos que una norma internacional vinculante permitiría exigir responsabilidad a los Estados en la erradicación de la MGF y otras prácticas dañinas que se extienden por el mundo y que afectan mayoritariamente a la infancia. De esta manera se protegería de manera más efectiva la integridad física y moral de las niñas, y de las mujeres en general.

2.2.- El matrimonio precoz, infantil y forzado y otras prácticas nocivas en relación con el matrimonio.

El matrimonio infantil, precoz y forzado, que afecta a más de 720 millones de mujeres y niñas que se han casado antes de cumplir los 18 años⁸⁷, puede constituir, además de una forma de violencia contra la mujer, una forma de esclavitud y una forma de tortura⁸⁸. Algunos autores insisten en que este tipo de matrimonios deben ser tratados como una forma de violencia de género para que no se reduzca su abordaje a un problema migratorio, religioso o cultural⁸⁹. Esta práctica nociva supone una grave amenaza para la salud física y psicológica de mujeres y niñas, aumenta el riesgo de un embarazo precoz, de mortalidad y morbilidad maternal y neonatal, de fístula obstétrica - dolencia que padecen más de 2 millones de mujeres en Asia y África Subsahariana,

⁸⁷ A/RES/71/175, de 19 de diciembre de 2016 “Matrimonio infantil, precoz y forzado”, preámbulo. La Observación/Recomendación conjunta elaborada por el Comité de los Derechos del Niño y el Comité CEDAW afirma que los matrimonios infantiles o forzosos -cualquier matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de 18 años- afectan mayoritariamente a las niñas. Se calcula que 15 millones de niñas en todo el mundo que se siguen casando cada año antes de cumplir 18 años. Esta práctica se puede manifestar en diversas formas, entre ellas, los matrimonios de intercambio o compensación (baad y baadal), formas serviles de matrimonio y el levirato (obligación de una viuda de casarse con un familiar de su difunto marido). Observación/Recomendación conjunta..., *cit. ut supra*, párrafos 20 a 24.

⁸⁸ *Vid.* A/HRC/21/41, 10 de julio de 2012, Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, GULNARA SHAHINIAN, informe temático sobre el matrimonio servil; y A/HRC/31/57, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *cit. supra*, párrafos 63 y 64. La Relatora Especial sobre las formas modernas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, ha establecido una relación entre el matrimonio infantil y la esclavitud, recordando que los Estados están obligados a prohibir y eliminar la esclavitud como un principio fundamental e inderogable del Derecho Internacional. El Relator Especial contra la Tortura, por su parte, considera que el matrimonio infantil, precoz y forzado es una forma de violencia de género que puede constituir tortura.

⁸⁹ IGAREDA GONZÁLEZ, N: “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género” en *Oñati Socio-legal Series*, V. 5, N. 2, 2015, pp. 613-624, p. 621.

según la OMS⁹⁰, de infecciones de transmisión sexual⁹¹ y, en general, incrementan la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a todas las formas de violencia basadas en su género. Pese a la atención internacional que ha recibido esta práctica, en 2014, según el Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 147 países permitían los matrimonios de niños menores de 18 años, 54 de los cuales permitían que las niñas contrajeran matrimonio a una edad inferior que los niños. En la mayoría de estos casos, las legislaciones internas sobre el matrimonio resultaban incompatibles con las obligaciones internacionales⁹². Marruecos, por ejemplo, no derogó hasta 2014 el artículo 475 de su Código penal que exoneraba la condena de los que habían secuestrado o abusado de una menor de 18 años si se casaba con ella⁹³.

La Asamblea General regula en la Resolución 71/175 de 2016 el matrimonio infantil, precoz y forzado. Se trata de una regulación neutra en cuanto al género, aunque

⁹⁰ Un grave problema social y de salud que pueden ocasionar los matrimonios infantiles, precoces y a edades tempranas es la fístula obstétrica, principal causa de muerte en muchos países de las niñas de entre 15 y 19 años por las complicaciones del embarazo y del parto. Esta dolencia está muy vinculada con la pobreza y la desigualdad y provoca rechazo y estigma social en las adolescentes y mujeres que la padecen. La Asamblea se ha ocupado de este problema en la Resolución 71/169 dirigida a incrementar los esfuerzos para la erradicación de la fístula obstétrica. En ella, la Asamblea reconoce que la violencia contra las mujeres jóvenes y las niñas, en particular el matrimonio infantil, precoz y a edades tempranas, así como la desigualdad de género, son, entre otras, las causas subyacentes de este problema social y de salud. Desde la perspectiva de la Asamblea, la erradicación de la fístula obstétrica pasa necesariamente por la erradicación de la desigualdad y la violencia contra la mujer de la que trae causa. *Vid.* A/RES/71/169, 3 de febrero de 2016, Intensificación de los esfuerzos para erradicar la fístula obstétrica, Preámbulo y puntos 1 a 15.

⁹¹ Los matrimonios infantiles, al igual que otras prácticas nocivas no sólo favorecen el padecimiento de fístula obstétrica, sino que también son potenciadoras del riesgo de infección del VIH/SIDA. Así lo han señalado las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en sus informes. Para las Relatoras hay una clara relación entre la violencia contra la mujer y esta grave infección pandémica que se propaga, en particular, entre las mujeres y las niñas, y que constituye más que un problema de salud una cuestión de desarrollo, seguridad y derechos humanos. Para las Relatoras, la violencia contra la mujer, en particular las prácticas tradicionales nocivas, son causa y consecuencia del VIH/SIDA y se refuerzan mutuamente. *Vid.*: E/CN.4/2004/66, cit. supra, párrafos 46 y ss. y E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, “Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA”, párrafos 18 y ss.

⁹² *Vid.* A/HRC/26/22, 2 de abril de 2014, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, párrafo 42. Desde la publicación de dicho informe, sin embargo, algunos Estados han fortalecido su marco legal para prevenir y eliminar los matrimonios infantiles, precoces y forzosos. Tal es el caso, por ejemplo, de Togo, Chad, Guatemala, Portugal o Marruecos, que derogó un artículo en su Código Penal que permitía a los violadores evitar el castigo si se casaban con sus víctimas. Y más de 40 países, en colaboración con UNICEF, han incluido iniciativas para erradicar estos tipos de matrimonio en sus políticas y planes nacionales. *Vid.* A/71/253, 29 de julio de 2016, Informe del Secretario General sobre el matrimonio, infantil, precoz y forzado, párrafos 10 y ss.

También se ha incrementado el conocimiento de casos referidos a matrimonios infantiles y forzados por parte de algunos tribunales nacionales de países como, por ejemplo, la India –caso *Mohammad Abbas c. Chief Secretary*, caso *Abdul khader v. Pechiammal*-. Sentencias disponibles en: <https://indiankanoon.org/doc/193569690/> (última consulta 14/04/2019).

⁹³ Amnistía Internacional, véase: Noticias Marruecos, 20/05/2016 <https://www.es.amnesty.org> (última consulta 14/04/2019).

el texto reconozca el efecto desproporcionadamente negativo de esta práctica en las mujeres y las niñas y haga hincapié en la adopción de medidas relacionadas con la educación, la lucha contra los estereotipos de género, las normas sociales discriminatorias y las prácticas nocivas para prevenir y erradicar estos matrimonios. Con esta finalidad, la Asamblea insta a los Estados a que promulguen y apliquen leyes y políticas que prevengan, eliminen y protejan a quienes están en riesgo de sufrir estos matrimonios. En particular para la eliminación de los matrimonios forzados, la Resolución urge a los Estados a que garanticen que se contraiga matrimonio con el consentimiento informado, libre y pleno de los cónyuges y a que se eliminen las disposiciones que permitan a los autores de violaciones, abusos sexuales o secuestros eludir su enjuiciamiento y castigo casándose con sus víctimas⁹⁴. Una medida tenue, a nuestro modo de ver, que contrasta con la establecida en el Convenio del Consejo de Europa, Convenio de Estambul, que obliga a los Estados a tipificar como delito los matrimonios forzados, a establecer medidas para su anulación o disolución, así como para proteger a sus víctimas⁹⁵. España, por ejemplo, que forma parte de este tratado, ha tipificado a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma el Código Penal, los matrimonios forzados. Si bien, este delito no se contempla exactamente como está previsto en el Convenio de Estambul, esto es, como una manifestación de violencia contra la mujer sino como una finalidad de la trata de seres humanos⁹⁶.

En relación con los matrimonios infantiles y precoces, si bien queda clara la intención de la norma de eliminarlos, el escollo se encuentra precisamente en la

⁹⁴ Vid. A/RES/71/175, cit. supra, párrafos 6 y ss. La Asamblea también se ha referido a los matrimonios infantiles, precoces y forzados en Resoluciones sobre Afganistán, República de Corea e Irán. Vid.: A/RES/69/188, A/RES/69/190, A/RES/70/77, A/RES/70/172, A/RES/70/173. La vulnerabilidad de las mujeres y niñas al matrimonio infantil, precoz y forzado se incrementa en situaciones de emergencia humanitaria, desplazamiento forzado, conflicto armado y desastres naturales. Su prevención y erradicación en estas situaciones ha sido objeto de la Resolución 35/16 del Consejo de Derechos Humanos, que reproduce la Resolución 71/175 de la Asamblea General en cuanto a las medidas que deben adoptar los Estados para su prevención, erradicación y protección a las víctimas, si bien enfocadas de manera particular a las necesidades de las niñas y mujeres afectadas por situaciones de crisis humanitarias. Vid. A/HRC/RES/35/16, 22 de junio de 2017. Matrimonio infantil, precoz y forzado en situaciones humanitarias.

⁹⁵ Council of Europe Convention on preventing... cit. supra, artículos 32 y 37.

⁹⁶ LO 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español, BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015, modifica el aptdo. 1 del artículo 177 bis del Código Penal. Artículo 177 bis: “1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: ...e) La celebración de matrimonios forzados”.

determinación de la edad por debajo de la cual se considera que existe un matrimonio infantil o precoz. Y es que la edad, como afirma el Comité de Derechos Humanos, es un factor clave que puede obstaculizar que la mujer tome libremente su decisión de casarse, limitando su derecho al matrimonio⁹⁷. Ni la citada Resolución 71/175 de la Asamblea ni ningún otro texto internacional establece una edad mínima para contraer matrimonio ni, en consecuencia, existe una definición de lo que deba entenderse por matrimonio infantil o precoz, más allá de la que ofrecen los órganos y mecanismos de derechos humanos⁹⁸. Si consideramos el "matrimonio infantil" como aquel en el que al menos uno de los contrayentes es un niño y tenemos en cuenta que conforme al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años⁹⁹, podemos concluir que cualquier matrimonio contraído por menores de 18 años es un matrimonio infantil. Sin embargo, la Convención establece la salvedad de que el derecho interno -la ley que le sea aplicable al niño- pueda establecer una edad diferente para que el niño alcance la mayoría de edad. En definitiva, son los Estados los que tienen en sus manos decidir cuándo un niño deja de ser niño, lo que introduce una importante pluralidad de criterios que no contribuye a dar una respuesta internacional común en la lucha contra los matrimonios infantiles. En el caso de España, la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, eliminó la dispensa matrimonial de edad para que se pudieran casar los menores de 14 años, por lo que la edad mínima en España para contraer matrimonio en la actualidad se eleva a los 16 años para los menores emancipados de ambos sexos¹⁰⁰.

La Resolución 71/175 de la Asamblea se limita a exhortar a los Estados a que promulguen leyes que establezcan una edad mínima para casarse y a que modifiquen "progresivamente" las leyes vigentes que permiten contraer matrimonio a edades

⁹⁷ Vid. Observación General número 28, cit. supra, párrafo 23.

⁹⁸ Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el término "matrimonio precoz" se usa frecuentemente como sinónimo de "matrimonio infantil" y se refiere a los matrimonios en los que uno de los contrayentes es menor de 18 años en países en los que la mayoría de edad se alcanza más temprano o tras el matrimonio. También puede referirse a matrimonios en los que ambos contrayentes tienen por lo menos 18 años, pero otros factores determinan que no están preparados para consentir en contraerlo, como su nivel de desarrollo físico, emocional, sexual o psicosocial, o la falta de información respecto de las opciones de vida para una persona. El matrimonio forzado, por su parte, es todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes y/o cuando uno de ellos o ambos carecen de la capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar. Vid. A/HRC/26/22, cit. supra, párrafos 4 a 6.

⁹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, cit. supra, artículo 1.

¹⁰⁰ Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, Disposición Final Primera que modifica artículo 48 del Código Civil.

tempranas, sin concretar de qué edades estamos hablando¹⁰¹. Por ello, en nuestra opinión, la Asamblea ha desaprovechado una oportunidad para actualizar la Recomendación que aprobó en 1965 en la que sí establecía como criterio universal la edad mínima de 15 años para contraer matrimonio, contrarrestando con ello el silencio de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, única norma vinculante sobre la materia, que no fija esa edad mínima¹⁰². En resumidas cuentas, la Asamblea vuelve a dejar en manos de cada Estado el establecimiento de la edad mínima para el matrimonio, a pesar de la insistencia de los principales órganos y mecanismos de derechos humanos en establecer dicha edad -que muchos de ellos fijan en 18 años-, y a que esa edad se fije sobre criterios de igualdad entre hombres y mujeres¹⁰³.

Fuera del sistema universal de protección, las acciones para la erradicación de los matrimonios infantiles, precoces y forzados se han conducido a través de campañas, planes de acción regionales y el establecimiento de mecanismos especiales de derechos humanos. En esta línea cabe mencionar las campañas llevadas a cabo en el seno de la Unión Africana -la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos ha nombrado un Relator Especial sobre los matrimonios infantiles-, el Plan de Acción Regional de la ASEAN para poner fin a los matrimonios infantiles y las campañas de concienciación de la Unión Europea¹⁰⁴.

¹⁰¹ Vid. A/RES/71/175, cit. supra, puntos 2 a 4.

¹⁰² Vid. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, cit. supra, y A/RES/2018 (XX), 1 noviembre de 1965, Principio II.

¹⁰³ Vid. Recomendación General número 21 del Comité CEDAW, cit. supra, párrafo 36. Otros órganos surgidos de los tratados, como el Comité de los Derechos del Niño, el Comité sobre la eliminación de la discriminación racial, el Comité del PIDESC o el Comité contra la Tortura, han analizado estos tipos de matrimonios y han elaborado recomendaciones dirigidas a los Estados para que cumplan sus obligaciones internacionales en relación con la eliminación de los matrimonios infantiles. Véase también el informe del Secretario General de Naciones Unidas A/71/253, de 29 de julio de 2016, sobre matrimonios infantiles, precoces y forzados, párrafos 4 a 9.

Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el término "matrimonio precoz" se usa frecuentemente como sinónimo de "matrimonio infantil" y se refiere a los matrimonios en los que uno de los contrayentes es menor de 18 años en países en los que la mayoría de edad se alcanza más temprano o tras el matrimonio. También puede referirse a matrimonios en los que ambos contrayentes tienen por lo menos 18 años, pero otros factores determinan que no están preparados para consentir en contraerlo, como su nivel de desarrollo físico, emocional, sexual o psicosocial, o la falta de información respecto de las opciones de vida para una persona. El matrimonio forzado, por su parte, es todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes y/o cuando uno de ellos o ambos carecen de la capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar.

¹⁰⁴ La Unión Africana celebró en 2015 la Primera Cumbre de Niñas Africanas para Poner Fin al Matrimonio Infantil, una práctica que afecta a 125 millones de niñas en África y que, según estimaciones de UNICEF, alcanzará la cifra de 310 millones de niñas en 2050. Sobre la Cumbre africana, véase noticia de 26/11/2015 disponible en: <https://plan-international.es/news/2015-11-23-la-union-africana-organiza-la->

En torno al matrimonio y las relaciones familiares existen otras prácticas dañinas menos universales y visibles – la agresión con ácido, la venta de mujeres, la costumbre *sati*, la poligamia, la violación conyugal, etc.- que no encuentran respuesta específica en el Derecho Internacional y que constituyen auténticas manifestaciones de violencia contra la mujer. De algunas de estas prácticas se han hecho eco los órganos surgidos de los tratados y los mecanismos de protección de derechos humanos¹⁰⁵. Si bien, como hemos dicho, existen lagunas en el Derecho Internacional que deben suplirse para

[i-cumbre-contra-el-matrimonio-infantil](#) (última consulta 12/04/2019). Sobre los datos de UNICEF véase: <https://old.unicef.es/> (última consulta 12/04/2019).

¹⁰⁵ Vid. Informes Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer: E/CN.4/2004/66, cit. supra, párrafos 55 a 64 y E/CN.4/2002/83, cit. supra, párrafo 66; Recomendaciones Generales Comité CEDAW: Recomendación General número 29, cit. supra, párrafos 33 y ss; Recomendación General número 21, cit. supra, párrafo 14; Observaciones Comité Derechos Humanos: Observación General número 28, cit. supra, párrafo 24. Las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y el Comité CEDAW han sacado a la luz muchas de estas prácticas dañinas que se producen en torno al matrimonio y las relaciones familiares alrededor del mundo. Así, la agresión con ácido cuando la mujer rechaza insinuaciones amorosas o la propuesta de matrimonio de un hombre es una práctica corriente en la India y Bangladesh. El perdón del hombre que viola a una mujer si accede a casarse con ella, ha sido recogido en los Códigos Penales de Costa Rica, Etiopía, Líbano, Perú y Uruguay. La venta de mujeres para el matrimonio -las llamadas “novias por correspondencia”, negocio que consiste en la venta de mujeres de países en desarrollo a hombres occidentales-, afecta a mujeres de Filipinas, Europa del Este, Colombia y países de Asia Meridional. El sistema de la dote, característico de la región de Asia y África, puede dar lugar a violencia contra las mujeres e incluso puede provocar su muerte, si el marido o su familia consideran la dote insuficiente. Las pruebas de virginidad antes del matrimonio es una práctica extendida en Turquía. Las normas discriminatorias en relación con los derechos de los cónyuges siguen vigentes en países como Irán, Burkina Faso, Filipinas, Gabón, Indonesia, Nigeria, Perú y República Dominicana. La situación de las viudas que en algunas sociedades de África y Asia son obligadas a mantener relaciones sexuales con un familiar varón, son proscritas socialmente y, en los casos más extremos, son quemadas en la pira funeraria del marido. Ejemplos de tratos vejatorios los seguimos encontrando en la actualidad en la tradición hindú. A las mujeres viudas no se les reconoce la condición de persona y se ven forzadas a abandonar la familia -desterradas- y a vivir en la marginalidad. Esta situación de muerte social afecta a unos tres millones de viudas que viven en Andhra Pradesh, en el sur de la India. La creencia en el desvalor de las mujeres viudas llevada al paroxismo desembocó en el rito del *Sati*, prohibido en el siglo XIX, pero del que aún llegan noticias de su práctica, como el dramático caso de Kuttu Bai, que no pudo ser rescatada del fuego por la oposición de su comunidad y de sus propios hijos. Vid. noticias disponibles en: http://elpais.com/diario/2002/08/08/sociedad/1028757605_850215.html y <http://www.fundacionvicenteferrer.org/es/noticias/las-viudas-indias-condenadas-morir-en-vida> (últimas visitas 14/04/2019). La poligamia, en particular, es una costumbre extendida que está permitida en 47 países, entre ellos, Malí, Argelia y Tanzania, que, por el contrario, no admiten la poliandria. Esta práctica, que atenta contra la dignidad de la mujer, supone un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos que otorgan las normas internacionales en pie de igualdad con el hombre. En relación con la poligamia, el Tribunal Supremo español en una sentencia ilustrativa al respecto, considera la poligamia no solamente como algo contrario a nuestra legislación, sino también como algo que repugna el orden público español porque “presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”. Vid. STS 3054/2008, 19 de junio de 2008, en particular el Fundamento Jurídico Tercero. La violación conyugal, por otro lado, aún está exenta de penalización en 32 países que mantienen en su legislación cláusulas que eximen a los autores de violaciones de ser enjuiciados si están casados con la víctima o se casan con ella posteriormente. Vid. IQBAL, S.: *Women, business, and the law 2016: getting to equal* (English), Washington, D.C., World Bank Group, 2015, <http://documents.worldbank.org/curated/en/455971467992805787/Women-business-and-the-law-2016-getting-to-equal>, p. 70 y ss.

visibilizar manifestaciones de violencia contra la mujer que permanecen ocultas y que su prohibición quede sancionada en una norma.

Así pues, encontramos tres problemas en relación con la regulación en el sistema universal de protección de derechos humanos de los matrimonios forzosos, infantiles y precoces y otras prácticas nocivas relacionadas con el matrimonio. En primer lugar, la perspectiva neutra en cuanto al género con la que es regulada esta materia, aunque se reconozca el efecto desproporcionadamente negativo de esta práctica en las mujeres y las niñas. A nuestro parecer, los matrimonios infantiles, precoces y forzados deben configurarse como formas de violencia contra la mujer y desde esta perspectiva deben abordarse y regularse para que la protección de la integridad de las mujeres y niñas quede garantizada. En segundo lugar, la inexistencia de una norma internacional que establezca una edad mínima para contraer matrimonio y que permita, en consecuencia, definir lo que debe considerarse un matrimonio infantil o precoz. En nuestra opinión, es necesario establecer una norma común y universal que fije la edad mínima para contraer matrimonio que sea vinculante para todos los Estados y para la comunidad internacional en su conjunto, a fin de hacer efectiva la erradicación de los matrimonios infantiles. Y, en tercer lugar, la necesidad de suplir las lagunas del Derecho Internacional que deja silenciadas otras prácticas nocivas en relación con el matrimonio y las relaciones familiares que atentan igualmente contra la integridad de las mujeres y que es necesario abordar para que sean definitivamente abolidas.

2. 3.- Los “crímenes de honor”.

Bajo la denominación genérica de “crímenes de honor” subyacen actos de violencia contra las mujeres y las niñas -auténticas formas de tortura según el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹⁰⁶- que se cometen en su mayoría por familias de las víctimas porque consideran que determinados comportamientos de éstas -mantener relaciones sexuales antes de contraer matrimonio, negarse a aceptar un matrimonio acordado, contraer matrimonio sin el consentimiento de los padres, cometer adulterio, pedir el divorcio, vestir de una manera

¹⁰⁶ Vid. A/HRC/7/3, Informe del Relator Especial sobre la Tortura, cit. supra, párrafos 59 a 60.

que la comunidad considere inaceptable, trabajar fuera de casa o, en general, no ajustarse a los papeles estereotipados asignados a cada género- conllevan la deshonra de la familia o de su entorno comunitario. Estos delitos son consentidos en el ámbito social más cercano de la víctima porque se consideran un medio para preservar o restablecer la integridad de sus normas culturales, tradicionales, consuetudinarias o religiosas¹⁰⁷. Por esta razón muchos de estos delitos quedan impunes o reciben un castigo penal que no se corresponde con su gravedad.

Como señala la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Sra. Asma Jahangir, los "asesinatos por cuestiones de honor" son una práctica preocupante que predomina en países de población mayoritariamente musulmana, aunque no se limita a éstos¹⁰⁸. Estos crímenes persisten en la actualidad, incluso en los países occidentales, dentro de las comunidades de inmigrantes, revestidos de múltiples formas - obligar a las mujeres a suicidarse, desfigurarlas vertiendo ácido sobre su cuerpo, infringirles azotes hasta la muerte, decapitarlas, etc.-¹⁰⁹. A modo de ejemplo, hasta 2011 el Líbano no derogó el artículo 562 de su Código Penal que permitía reducir las penas de quienes sostenían haber matado o lesionado a su mujer, hija u otro familiar para proteger el honor de la familia. Estos delitos siguen recibiendo apoyo y justificación social como demuestra un estudio publicado por el Instituto de Criminología de Cambridge, que indica que el 33,4% de los adolescentes jordanos -1 de cada 3- piensa que los crímenes de honor están justificados¹¹⁰. En relación con España,

¹⁰⁷ *Vid.* Observación/Recomendación conjunta, cit. supra, párrafos 29 y 30.

¹⁰⁸ E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, Sra. ASMA JAHANGIR, presentado en cumplimiento de la Resolución 1999/35 de la Comisión de Derechos Humanos. Párrafos 78, 79 y 81. La Relatora observa que en algunos países la legislación todavía admite que se reduzcan las penas y que, incluso, se exima de juicio a los que matan en defensa del honor; y los tribunales de muchos de los países donde se asesina a las mujeres por cuestiones de honor siguen justificando estos crímenes y reduciendo la pena alegando una "provocación" de la víctima al desobedecer o violar las normas culturales.

¹⁰⁹ Este tipo de crímenes se producen en Pakistán, Turquía, Jordania, Siria, Egipto, el Líbano, Irán, Yemen, Marruecos y otros países mediterráneos y del Golfo. También tiene lugar en países como Alemania, Francia y el Reino Unido dentro de las comunidades inmigrantes. Según la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en muchas sociedades, los casos de asesinatos de la esposa se han defendido como delitos pasionales. Las defensas por motivos de honor se han encontrado en los Códigos Penales de Perú, Bangladesh, Argentina, Ecuador, Egipto, Guatemala, Israel, Jordania, Siria, Líbano, Turquía y Venezuela. *Vid.* E/CN.4/2002/83, cit. supra, párrafos 21 a 37.

¹¹⁰ EISNER, M., GHUNEIM, L.: "Honor Killing Attitudes Amongst Adolescents in Amman, Jordan", Institute of Criminology, Cambridge, *Aggressive Behavior*, October 2013, Vol. 39, pp. 405-417 (2013), Published online 6 June 2013, in Wiley Online Library. Estudio realizado sobre una muestra de 856 estudiantes de 15 años que residían en Amman. Del porcentaje total de jóvenes que justifican los crímenes por motivos de honor, el 46,1% de los chicos justifican estos crímenes frente al 22,1% de las chicas. Los investigadores han subrayado que los resultados de esta investigación no están ligados con la confesión ni con la práctica religiosa.

nuestra legislación penal y procesal no contempla como eximente o atenuante el honor u otra causa justificativa basada en la cultura, tradición o religión.

La justificación de los delitos basada en el “honor” es contraria al Derecho Internacional. El Comité de Derechos Humanos considera auténticas violaciones del PIDCP -en concreto de su artículo 26 que establece la igualdad ante la ley y la protección igual y efectiva de todas las personas sin discriminación- los crímenes de honor que permanecen impunes¹¹¹. Para su erradicación, la Asamblea General aprobó la Resolución 59/165 de 2005 que refuerza las obligaciones de los Estados y su responsabilidad directa en la prevención, investigación y castigo de estos delitos, así como en la protección de sus víctimas. De esta manera, los Estados están obligados a aplicar el principio de la debida diligencia para la eliminación de los crímenes de honor y a intensificar sus esfuerzos para que la sociedad adquiriera más conciencia sobre las causas y consecuencias de estos delitos¹¹². De una manera más contundente y efectiva, fuera del ámbito universal, el Convenio del Consejo de Europa, Convenio de Estambul, obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que en los procedimientos penales abiertos por la comisión de actos de violencia de género -matrimonios forzados, MGF, etc.- “no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor” como justificación de dichos actos”. Esto abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima hubiese transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado¹¹³.

La debilidad de la norma universal que regula la prohibición y erradicación de los delitos fundamentados en el honor deriva de su carácter recomendatorio -lo mismo que ocurre con el resto de prácticas nocivas-, lo que lleva a algunos autores a pensar que la aprobación de una futura Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de la violencia contra las mujeres y las niñas supondría un aldabonazo importante para que los Estados dejen de admitir la cultura y la religión como justificación de los “crímenes de honor”, contribuyendo así a la efectiva erradicación de una de las manifestaciones

¹¹¹ *Vid.* Observación General número 28, cit. ut supra, párrafo 31. El Comité de Derechos Humanos también considera contrarias al PIDCP las leyes que imponen castigos más severos a las mujeres que a los hombres en los casos de adulterio u otros delitos.

¹¹² A/RES/59/165, 10 de febrero de 2005, Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la niña.

¹¹³ Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 42.

más extremas de la violencia ejercida contra miles de mujeres en países de todo el mundo¹¹⁴.

En definitiva, la protección de la integridad de las mujeres y niñas frente a los crímenes de honor se encuentra garantizada en una norma universal de carácter meramente recomendatorio, aunque el Comité de Derechos Humanos reconoce explícitamente que la existencia de leyes nacionales que no sancionen este tipo de delitos constituye una violación de las disposiciones del PIDCP.

3.- LA VIOLACIÓN Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL.

Pese a la escasez y deficientes datos de este tipo de agresiones¹¹⁵, algunas fuentes -la Organización Mundial de la Salud¹¹⁶, los informes del Secretario General de Naciones Unidas¹¹⁷, los informes de los mecanismos de derechos humanos¹¹⁸, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁹, los estudios

¹¹⁴ SALDAÑA, M^a. N.: “Violencia contra la mujer, crímenes de honor y prácticas culturales y religiosas perjudiciales: estándares internacionales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas”, en *Laicidad y creencias. Feminismo/s*, NIEVES MONTESINOS SÁNCHEZ Y BEATRIZ SOUTO GALVÁN (coords.), 28 (diciembre 2016), pp. 91-132, p. 130.

¹¹⁵ Para el Secretario General de Naciones Unidas, suplir las lagunas en este campo se convierte en un elemento fundamental para cumplir las metas relativas a la violencia contra la mujer que contemplan los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. *Vid.* A/71/219, “Intensificación de los esfuerzos...”, cit. supra, párrafo 20. Véase también: CRUZ, A., KLINGER, S.: “Gender-based Violence in the Worl of Work: Overview and Select Annotated Bibliography”, OIT, documento de trabajo núm. 3, 2011.

¹¹⁶ Según el Estudio multipaís de la OMS la prevalencia combinada de violencia física y sexual infligida por una persona distinta de la pareja oscilaba entre el 5% en Etiopía y el 65% en Samoa. El porcentaje de mujeres que declararon que su iniciación sexual fue forzada variaba entre el 9% de los Estados Unidos y el 40% en Perú. *Vid.* OMS *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer*, 2005, Capítulo 3, pp. 14 a 17.

¹¹⁷ Las encuestas de población y estudios llevados a cabo en Canadá, Nueva Zelanda, Australia y Suiza señalan que entre el 10% y el 20% de mujeres encuestadas declararon haber sufrido violencia sexual en algún momento de sus vidas por alguien que no era su pareja. *Vid.* A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafo 129.

¹¹⁸ Según las Relatoras sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en El Salvador la incidencia de la violencia sexual aumentó de 3.368 casos en 2007 a 4.120 casos en 2008. En Kirguistán las estadísticas muestran un aumento del número de casos de violencia sexual y, sin embargo, la sensibilización frente a estas agresiones es sumamente baja, ya que el 35% de las mujeres urbanas y el 25% de las rurales no creen que la violencia sexual sea delito. *Vid.* A/66/215, cit. supra, párrafos 34 y 38.

¹¹⁹ Un estudio llevado a cabo por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que, en el ámbito europeo, el 55% de las mujeres habían sido víctimas de este tipo de acoso al menos una vez a partir de los 15 años. El 32% de esas mujeres señalaron que el acosador era alguien del entorno laboral: un compañero, un supervisor o un cliente. *Vid.* Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Violence against women: an-EU-wide survey. Main results”, 2014.

científicos¹²⁰ y los medios de comunicación¹²¹ - nos permiten tener una idea del alcance y prevalencia de la violación, el abuso sexual y el acoso sexual en el trabajo y en otras instituciones sociales contra las mujeres y las niñas. Una de las razones de la falta de estimaciones en esta materia se debe a la profunda vergüenza que para las mujeres y sus familias sigue produciendo la violencia sexual en numerosas sociedades y que lleva consigo la falta de denuncia de estas agresiones¹²². Según un estudio del Banco Mundial tan sólo 18 países protegen a las mujeres contra el acoso sexual en espacios públicos – calles, medios de transporte, etc.-¹²³.

La prevalencia de las violaciones y otras formas de violencia sexual y su afectación desproporcionada a mujeres y niñas es un hecho confirmado en la Resolución 62/134 de 2008 de la Asamblea General y en la Resolución 23/25 de 2013 del Consejo de Derechos Humanos, ambas aprobadas específicamente con el propósito de eliminar, prevenir y dar respuesta a la violencia sexual contra las mujeres en todas sus manifestaciones¹²⁴. Estas dos normas adoptan un enfoque similar y consideran que estas formas de violencia contra la mujer son fruto de la desigualdad y discriminación que

¹²⁰ Un estudio referido a Canadá indica que el 54% de las adolescentes habían sufrido coerción sexual en una cita. BYERS, S., SEARS, H., WHELAN, J., SAINT-PIERRE, M.: “Dating Violence Amongst New Brunswick Adolescents: A Summary of Two Studies”, Research Paper Series N° 2 (Fredericton, University of New Brunswick, Muriel McQueen Fergusson Centre for Family Violence Research, 2000).

¹²¹ De forma reciente, desde que salió a la luz el caso Weinstein, a finales de 2017, un goteo continuo de denuncias públicas de agresión sexual a mujeres en el entorno laboral cinematográfico se ha ido sucediendo. Al mediático caso del mundo del cine le ha seguido el de las ONGs Oxfam Intermón y Médicos Sin Fronteras, que de nuevo han sacado a la palestra la realidad de estas formas de violencia contra la mujer. En un entorno más cercano, el caso de *La Manada* en España está sirviendo como revulsivo para cuestionarnos el grado de protección que reciben las mujeres frente a los ataques a su integridad sexual, pues no de otra manera podemos entender las protestas en la calle contra el tratamiento que se le dió a la denunciante de violación múltiple en los San Fermines de 2016. Sobre el caso Weinstein, véase: <https://www.nytimes.com/2017/10/05/us/harvey-weinstein-harassment-allegations.html>; http://www.eldiario.es/cultura/fenomenos/escandalos-acoso-sexual-destapados-Weinstein_0_707979421.html; Sobre el caso Oxfam Intermón y Médicos Sin Fronteras: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/oxfam-intermon-s>; <http://www.europapress.es/internacional/noticia-msf-reconoce-24-casos-acoso-abusos-sexuales-2017-escandalo-oxfam-20180214171725.html>. Sobre el caso de La Manada: https://politica.elpais.com/politica/2017/11/29/actualidad/1511953378_330816.html; <http://www.huffingtonpost.es/2017/11/29/>; http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/no-estas-sola-venimos-en-manada-concentracion-en-madrid-en-defensa-de-la-victima-que-denuncio-una-violacion-en-san-fermin_201711175a0f24e90cf2018c197539a2.html (últimas consultas 14/04/2019).

¹²² Vid. A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafo 128 y ss.

¹²³ Vid. IQBAL, *Women, business, and the law 2016*.. cit. supra, párrafos 91 y ss. Entre los países que cuentan con normas que protegen a las mujeres del acoso sexual en lugares públicos, se encuentran, por ejemplo, Egipto, Perú y Filipinas. Vid. A/71/219, 27 de julio de 2016, Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y la niña, párrafos 32 a 38.

¹²⁴ Resolución de la Asamblea General A/RES/62/134, 7 de febrero de 2008, “Eliminación de la violación y otras formas de violencia sexual en todas sus manifestaciones, especialmente en situaciones de conflicto y situaciones análogas” y Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/23/25, 25 de junio de 2013, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: prevención de las violaciones y otras formas de violencia sexual y respuesta ante ellas”.

sufren las mujeres¹²⁵. Desde este punto de vista cobra todo su sentido una de las medidas que la Asamblea recomienda a los Estados, como es, la ratificación o adhesión a todos los tratados de derechos humanos, en particular a la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo, si bien, su exigencia en este sentido es tan débil que la Asamblea únicamente se limita a que los Estados “consideren” esta posibilidad¹²⁶. Las Resoluciones resaltan, entre otras cosas, la ilicitud de las agresiones sexuales en toda circunstancia y en todo lugar; la necesidad de garantizar que este tipo de actos no queden impunes por parte de los Estados; la adopción de medidas de protección y asistencia a las víctimas; la aplicación de una estrategia global e integrada de prevención y enjuiciamiento de los casos de violación; la implicación de toda la sociedad, en particular a hombres y niños, en la prevención; el apoyo financiero; y el esfuerzo en el acopio, análisis y difusión de datos.

En relación con estas formas de violencia nos gustaría destacar tres aspectos característicos. En primer lugar, su utilización como herramientas de intimidación, castigo y dominio sobre otras comunidades o grupos étnicos. En particular, el Consejo de Derechos Humanos señala que la violencia sexual se utiliza para intimidar, hostigar, desalentar y tomar represalias contra las mujeres y niñas en los espacios públicos. En otros casos, esta violencia tiene por víctimas a personas vinculadas con comunidades o grupos étnicos o de otra índole considerados hostiles o no lo suficientemente leales al grupo o entidad cuyas fuerzas cometen el delito y con frecuencia se utilizan para humillar, dominar, infundir miedo, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros de esos grupos. También pueden ser utilizadas como una forma de limpieza étnica¹²⁷. En segundo lugar, la vergüenza, el estigma y el miedo a represalias que llegan a sentir las víctimas de estas agresiones y que se convierten en muchos casos en circunstancias disuasorias para su denuncia. Algunos autores apuntan a otras causas que propician la falta de denuncias como la desconfianza hacia el sistema judicial o la creencia de que

¹²⁵ Las Resoluciones consideran como causas de la violencia sexual, en todas sus manifestaciones, las relaciones desiguales de poder entre el hombre y la mujer y las actitudes, costumbres, prácticas y estereotipos que las perpetúan. Desde esta perspectiva instan a los Estados a adoptar medidas significativas para luchar contra la violación y otras formas de violencia sexual mediante su condena pública “en las más altas instancias” y mediante una prevención efectiva. El empoderamiento de las mujeres en todos los niveles de la vida pública, política y cultural también es un elemento esencial para luchar contra las causas subyacentes de la violencia contra las mujeres. *Vid.* A/RES/62/134, cit. supra, preámbulo, y A/HRC/RES/23/25, cit. supra, puntos 4 y 6.

¹²⁶ *Vid.* A/RES/62/134, cit. supra, punto 1g).

¹²⁷ *Ibidem*, preámbulo, y A/HRC/RES/23/25, cit. supra, puntos 2 y 3.

tales actos no son delictivos¹²⁸. La consecuencia de ello es que gran parte de los casos de violencia sexual no son denunciados ni judicializados¹²⁹. Y, en tercer lugar, y relacionado con el anterior, la impunidad que ha caracterizado este tipo de conductas delictivas¹³⁰. En opinión de algunos autores, la violencia sexual es tan endémica que termina siendo aceptada como una “conducta normal”, esto es, no es asumida como una violación de los derechos humanos y como una agresión a la integridad personal. De esta manera, a pesar de que existen normas que prohíben agresiones sexuales hacia la mujer, son las instituciones sociales, las normas culturales y las estructuras políticas de todos los países las que la sostienen y mantienen, convirtiendo la ley en letra muerta¹³¹. Ahondando en este problema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe relativo al Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, señala que el acceso a la justicia para estas mujeres, particularmente en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, es aún difícil y revictimizante, a pesar de que los Estados de la región han realizado importantes avances para abordar y prevenir la violencia contra las mujeres. La Comisión ha verificado un patrón de ineffectividad judicial ante estas agresiones que fomenta y perpetúa la impunidad de la gran mayoría de casos y que promueve la tolerancia social de este fenómeno¹³². El

¹²⁸ ARROYO VARGAS, R., VALLADARES TAYUPANTA, L: “Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres” en *Violencia sexual contra las mujeres*, Ed. Gilma Andrade Moncayo, Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género, La Morada, Corporación Promoción de la Mujer, Serie Documentos Técnicos Jurídicos, 2005, pp. 397- 461, p. 447.

¹²⁹ En el ámbito americano, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas recoge datos sobre las denuncias por delitos sexuales contabilizadas durante 2003 en Ecuador (3,75%), Guatemala (1,95%), Honduras (5,64%) y Chile (1,3%). Las razones que explicarían la falta de denuncia, mayor a la que se presenta en otros delitos, son: la naturaleza de estos delitos, las percepciones sociales respecto de los mismos, la actuación de los operadores de justicia en estos casos, las condiciones de recepción de las denuncias, los criterios de selección y persecución, la forma como se practican los exámenes periciales, la falta de acompañamiento a las víctimas, las dificultades para acceder a las instituciones de justicia, la vulnerabilidad de las víctimas en el sistema, la poca respuesta que reciben y la duración de los casos. Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género, (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala), noviembre 2004, párrafos 32 y 33. *Vid.* ARROYO VARGAS, op. cit. p. 447.

¹³⁰ Según el Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, la impunidad es “una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”. *Vid.* E/CN.4/Sub.2/1997/20, principio 18.

¹³¹ *Vid.* ARROYO VARGAS, op. cit. p. 446.

¹³² CIDH, “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párrafo 11 y 346. Según el informe, los factores que hacen ineficaz el acceso a la justicia son: la ineficacia de las medidas de protección a las víctimas; la desconfianza de las víctimas hacia el sistema de la administración de justicia y su capacidad de ofrecer una tutela judicial efectiva; los grandes vacíos en la investigación de violaciones de los derechos de las mujeres, y particularmente en los casos de violencia sexual, que provoca que la mayoría de estos casos

mismo patrón de impunidad sistemática constató la Comisión en otro informe referido específicamente a la violencia sexual contra mujeres y niñas en los ámbitos de la educación y la salud¹³³.

Para luchar contra la impunidad, las Resoluciones citadas de la Asamblea General y del Consejo de Derechos Humanos apuntan en tres direcciones: la aplicación del principio de la debida diligencia, la tipificación de todas las formas de violación y violencia sexual, y la derogación de leyes discriminatorias. Así, en aplicación del principio de la debida diligencia, los Estados deben garantizar el fin de la impunidad de las agresiones sexuales, asegurando que las víctimas de violación, en particular las mujeres y las niñas, gocen de igual protección ante la ley e igual acceso a la justicia, que debe investigar, enjuiciar y castigar a los autores, sean agentes del Estado o particulares, ocurra donde ocurra, y en cualquier situación en la que se produzca, sea en tiempo de paz o de conflicto armado¹³⁴. De manera más específica, el Consejo exhorta a los Estados a que tipifiquen en su legislación nacional todas las formas de violación y violencia sexual y adopten medidas legislativas para garantizar que quienes las perpetren sean investigados y enjuiciados y respondan de estos actos de manera rápida y adecuada¹³⁵. Y, en lo que respecta a la derogación de leyes discriminatorias, las Resoluciones de la Asamblea y del Consejo de Derechos Humanos afirman que deben derogarse las disposiciones que exigen la corroboración de los testimonios, permiten a los autores de violaciones eludir su enjuiciamiento y castigo casándose con la víctima, y autorizan el enjuiciamiento de las víctimas de violencia sexual por delitos morales o

queden impunes; la existencia de un contexto social en el que la violencia es tolerada y en el que se desvirtúa el carácter grave de un acto de violencia sexual; la discriminación contra las mujeres que provee un escenario que reproduce y fomenta la violencia sexual. *Vid.* párrafos 160 a 317.

¹³³ CIDH, “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia Sexual: la educación y la salud” OEA/Ser.L/V/II Doc. 65, 28 diciembre de 2011. Véase también: “Acceso a Servicios de Salud Materna desde una perspectiva de Derechos Humanos”, 2010, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010. Las víctimas de violencia sexual en las instituciones educativas y de salud enfrentaban serias barreras en su acceso a la justicia, que se achacaban, entre otras cosas, a la falta de información; la desprotección frente a las amenazas de los agresores; las lealtades gremiales que privilegiaban intereses corporativos; la ausencia de normas administrativas y disciplinarias con perspectiva de género y la ausencia de procedimientos especiales de prevención y control. En el ámbito particular de la educación, la violencia sexual no es comprendida en su adecuada dimensión y tiende a ser reducida a la violación, con lo cual muchas instituciones educativas no registran las diversas formas de violencia sexual. En el ámbito de la salud, la característica más señalada del problema es su invisibilidad. La violencia sexual en las instituciones educativas y de salud, por las características específicas que presentan en estos ámbitos, exige normas y procedimientos especiales diseñados con perspectiva de género y pensando en las necesidades particulares y la situación de riesgo de las potenciales víctimas, ya que se produce en espacios mediatizados por la autoridad, donde predomina el llamado “pacto de silencio”, lo que conlleva unas dificultades especiales para hacerle frente. *Vid.* párrafos 10, y 52 a 70.

¹³⁴ *Vid.* A/RES/62/134, cit. supra, punto 1b).

¹³⁵ *Vid.* A/HRC/RES/23/25, cit. supra, punto 7.

difamación. Del mismo modo, debe permitirse el enjuiciamiento de la violación conyugal y deben eliminarse las normas que reconocen ciertas circunstancias como, por ejemplo, el honor, el apasionamiento, la provocación, el matrimonio con la víctima, o la conducta anterior o posterior del denunciante, como eximentes o atenuantes de la pena de estos delitos¹³⁶. Además de estos obstáculos normativos, los órganos de los tratados añaden otros que se suman a los anteriores, como, por ejemplo, las actitudes sociales que marginan a la mujer víctima de una violación y ejercen presión sobre ella para que acepte casarse con su agresor¹³⁷. Sin embargo, a pesar de la exigencia de las normas internacionales, la realidad nos muestra que aún siguen vigentes leyes nacionales -Libia, Argelia, Irak, Baréin, Kuwait, entre otras- que exoneran o atenúan las penas a los violadores por razones y circunstancias prohibidas por el Derecho Internacional¹³⁸. El Banco Mundial señala que 32 países aún mantienen en su legislación cláusulas que eximen a los autores de violaciones de ser enjuiciados si están casados con la víctima o se casan con ella posteriormente¹³⁹.

Hay al menos dos manifestaciones de violencia sexual cuya definición y elementos constitutivos de la conducta delictiva ha venido envuelta en una indeterminación legal que ha obstaculizado -y en muchos casos impedido- la protección de sus víctimas. Nos referimos a la violación y el acoso sexual en el lugar de trabajo. En relación con la violación, hasta hace relativamente poco tiempo este delito estaba configurado en muchas legislaciones nacionales como un delito contra el honor y no contra la persona, una cuestión moral que impedía a la mujer que no era considerada socialmente honesta obtener justicia y reparación. La definición de la violación exigía en algunas leyes que el pene penetrase en la vagina. Otros tipos de abusos sexuales, en los que no se tocaba la vagina o se utilizaban objetos sin que interviniese el órgano sexual masculino, no se consideraban violación. En relación con la prueba, se exigía a la

¹³⁶ *Ibidem* punto 8.

¹³⁷ Así se ha expresado el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del Niño y el Comité CEDAW, entre otros. *Vid.* Observación General número 28 Comité de Derechos Humanos, cit. supra, párrafos 20 y 24; Observación General número 13 Comité de Derechos del Niño, cit. supra, párrafo 19.

¹³⁸ En fechas recientes -agosto de 2017- Jordania, Líbano y Túnez han derogado las disposiciones de su Código Penal que permitían a los violadores eludir la cárcel si se casaban con sus víctimas, aunque fuesen menores de edad. Véase: <http://www.eltiempo.com/mundo/medio-orienteliban-jordania-y-tunez-derogan-leyes-a-favor-de-violadores-que-se-casan-con-sus-victimas-129460> (última consulta 14/04/2019). El matrimonio con la víctima como eximente de algunos delitos sexuales está contemplado en Brasil, Ecuador, Guatemala y Honduras. *Vid.* SALINAS BERISTAIN, L.: “*Derecho, Género e Infancia: mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*”. Universidad Nacional de Colombia, UNIFEM, UNICEF, Universidad Autónoma Metropolitana, Colombia, 2002. Véase también, E/CN.4/2003/75, Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafo 38.

¹³⁹ *Vid.* IQBAL, *Women, business, and the law 2016*.. cit. supra, párrafos 91 y ss.

víctima que hubiese presentado resistencia física –en forma de heridas o contusiones– para demostrar que el acto se había consumado contra su voluntad. En definitiva, la definición de la violación y su prueba, adolecían de tintes morales discriminatorios. Este panorama, sin embargo, comenzó a cambiar en muchos países a partir de la década de los años 90 del siglo pasado gracias principalmente a la labor llevada a cabo por los Tribunales Internacionales *ad hoc*, posteriormente secundada por los Tribunales internacionales de Derechos Humanos y algunas legislaciones nacionales. Aún así, una de las cuestiones más controvertidas sigue siendo la interpretación de la falta de consentimiento de la víctima y la coerción que debe llevar aparejada en los casos de violación. En el Derecho Penal Internacional, como veremos más adelante, la cuestión está más clara, no sólo por las circunstancias de coerción propias que rodean a este tipo de crímenes internacionales –ataque generalizado a la población civil o situación de conflicto–, sino también por la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Gracias a estos dos elementos se puede decir que el consentimiento de la víctima no se considera un elemento constitutivo del crimen internacional de violación. Sin embargo, fuera del ámbito internacional, aún perduran en los tribunales nacionales visiones restrictivas y rigurosas de los requisitos de este delito. En España, el ejemplo más claro de esta visión rígida de los elementos constitutivos de los abusos sexuales a una mujer la hemos podido comprobar recientemente con la criticada sentencia de *La Manada* y el voto particular del Magistrado Ricardo Javier González¹⁴⁰.

En cuanto al acoso sexual a la mujer en el lugar de trabajo, contemplado de manera diversa en los marcos jurídicos nacionales¹⁴¹, la organización internacional encargada de velar por la protección de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras –la OIT– no ha aprobado hasta la fecha ningún convenio de carácter vinculante que regule este problema. En ausencia de una norma internacional, la

¹⁴⁰ Sentencia Sección Segunda AP Navarra número 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

¹⁴¹ Algunos Estados optan por su criminalización en las leyes penales, otros adoptan normas específicas sobre el tema, otros integran la cuestión en las leyes laborales y otros la contemplan en sus leyes de prevención de riesgos laborales. Sirva como ejemplo de esta variedad de enfoques el ámbito americano. Así, Honduras y la República Dominicana incluyen en sus Códigos Penales el acoso sexual en el trabajo. Costa Rica ha optado por una ley específica “Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo”. Panamá ha incluido el acoso sexual en su Código de Trabajo. Y, El Salvador ha optado por incluir esta materia en su Ley de Prevención de Riesgos Laborales. *Vid.* OIT, “Género, salud y seguridad en el trabajo, Hoja informativa 4”, Equipo Técnico de Trabajo Decente de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, p. 7. Disponible en: www.oit.or.cr Según el Banco Mundial, 114 países disponen de disposiciones que regulan el acoso sexual en el trabajo. *Vid.* IQBAL, *Women, business, and the law 2016*, cit. supra, párrafos 91 y ss.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, con un enfoque neutro en cuanto al género, considera el acoso sexual como una forma de discriminación sexual y apela a la aplicación de Convenios relacionados con este tema, entre ellos, el Convenio número 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación¹⁴². Tampoco la organización del trabajo ha ofrecido una definición de acoso ni de acoso sexual en el trabajo que supla la ausencia –resaltada por los autores¹⁴³– de una definición universalmente aceptada de estos términos. Sin embargo, sí ha tenido ocasión de tratar esta materia en la reunión de 2018 de la Conferencia Internacional del Trabajo, cuyo informe V incluye, dentro del concepto general de “violencia y acoso en el lugar de trabajo”, la violencia de género en sus distintas formas de violencia sexual, acoso sexual, violencia y acoso por motivos relacionados con el sexo y violencia doméstica en el lugar de trabajo¹⁴⁴. Pero, el informe no identifica la violencia de género como sinónimo de violencia contra la mujer, y así lo dice expresamente, aunque reconozca que las mujeres y las niñas son las principales víctimas de este tipo de violencia y los perpetradores, en su mayoría, varones¹⁴⁵. Esta interpretación se aleja de los estándares jurídicos internacionales y puede dar lugar a confusión. Por lo pronto resulta una novedad en el ámbito internacional, la definición que hace el informe de la violencia de género como aquella que “puede ser ejercida por los hombres o por las mujeres, en perjuicio de unos o de otras, y sus víctimas pueden ser, por ejemplo, hombres con estilos de vida no convencionales en cuanto al género, como los hombres

¹⁴² C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado en Ginebra, 42ª reunión CIT, 25 junio 1958. OIT (2016) Quinto informe complementario: Resultado de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Consejo de Administración de la OIT, 328ª reunión, Ginebra, 27 octubre-10 noviembre 2016, párrafo 33. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_533534.pdf (última consulta 14/04/2019).

¹⁴³ CHAPPELL, D., Di MARTINO, V.: *Violence at work*, 3ª edición, International Labour Office, Geneva 2006, p. 30.

¹⁴⁴ OIT. Informe V, “Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, 2018, párrafo 19. El informe se ocupa de la definición de estos términos adoptando un enfoque integrado y amplio de la violencia en el mundo del trabajo que tiene en cuenta las diferencias de conceptos de un país a otro. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_554100.pdf (última consulta 14/04/2019).

¹⁴⁵ *Ibidem*, párrafos 32 a 51. Según el informe, la violencia sexual se contempla como una forma de discriminación sexual que puede combinar elementos de violencia física y psicológica. El acoso sexual es una forma de violencia sexual que puede derivar en un comportamiento asimilable al chantaje -acoso sexual *quid pro quo*-, o propiciar un ambiente de trabajo hostil. La violencia y acoso basados en el sexo y el género, se refiere a la discriminación por motivo de sexo, basándose en las características biológicas, o en las funciones y responsabilidades que la sociedad atribuye a determinado sexo o género. Una forma común de violencia y acoso basados en el sexo es el acoso por maternidad.

que son homosexuales, bisexuales o trans, o que son percibidos como tales”¹⁴⁶. Así pues, la organización encargada de velar por la protección de los derechos de las mujeres en el trabajo mantiene una perspectiva neutra en cuanto al género de la violencia y acoso sexual en el lugar de trabajo. Esta consideración tiene, a nuestro modo de ver, cierta trascendencia porque significa que sigue sin visibilizarse por este organismo la existencia de una violencia específica relacionada con la discriminación y la desigualdad que afecta exclusivamente a las mujeres por el hecho de ser mujeres, pese a que -como reconoce el propio organismo- los datos avalan que la mayoría de las víctimas de la violencia y acoso sexual en el trabajo son mujeres, y los hombres sus autores. Al margen de la OIT, en el ámbito interno, han sido las decisiones de algunos tribunales nacionales las que han llevado la iniciativa de la protección de las mujeres frente a estas formas de violencia. A título de ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo de la India en el caso *Vishakha y otros v. Estado de Rajastha* fue fundamental para la implantación de mecanismos contra el acoso sexual en las empresas¹⁴⁷.

En el ámbito universal, por tanto, son normas de carácter recomendatorio las que prohíben y regulan la respuesta internacional a la violación y otras formas de violencia sexual, con las lagunas e indeterminaciones que hemos apuntado. Esto no ocurre, en cambio, en algunos sistemas regionales de protección de derechos humanos, como veremos en el capítulo final de este trabajo, que sí contemplan esta materia en tratados específicos sobre violencia contra la mujer, definiendo y criminalizando la violencia sexual, incluida la violación y el acoso sexual. El Convenio del Consejo de Europa, Convenio de Estambul, es pionero, por ejemplo, en exigir a los Estados la tipificación penal de este tipo de conductas.

Pero, sin desmerecer la importancia de las normas aprobadas para acabar con la violencia sexual en todas sus formas, merece un lugar destacado la labor de los Tribunales internacionales en el avance de la protección de los derechos de las mujeres frente a las agresiones sexuales. El reconocimiento por parte de los Tribunales Penales Internacionales de la violación como crimen de guerra, crimen de lesa humanidad o acto constitutivo de genocidio o tortura, así como, la incorporación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de delitos relacionados con el género y delitos de violencia sexual, representaron hitos en esta materia que influyeron de manera decisiva

¹⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 33.

¹⁴⁷ *Vishaka and others V. State of Rajasthan and others* (Air 1997 Supreme Court 3011). Disponible en: https://www.iiap.res.in/files/VisakaVsRajasthan_1997.pdf (última consulta 14/04/2019).

en otros campos del Derecho Internacional, en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos y en las legislaciones internas. Así, algunos ordenamientos jurídicos ampliaron la definición del acto sexual que constituye violación o agresión sexual –no se exige “penetración” sino “invasión”–; eliminaron la exigencia de pruebas que demostraran la resistencia de la mujer o la alusión a su pasado sexual; incrementaron las penas a los violadores y reconocieron la violación marital como delito¹⁴⁸.

La jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, por su parte, asumiendo los postulados de los Tribunales penales internacionales evolucionó también de manera ostensible en esta materia. Así, de una insensibilidad generalizada hacia este tipo de delitos que se traducía en una auténtica desprotección de algunos grupos de mujeres –la mujer mayor y casada, o la que tenía un pasado sexual no ajustado a las relaciones monógamas o exclusivas con un hombre, tenían menos posibilidades de conseguir una condena y reparación por una agresión sexual que las mujeres jóvenes, solteras y vírgenes–, se pasó a la condena de estos delitos y su consideración como una forma de tortura. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias ilustrativas sobre la ampliación del concepto de violación y su consideración como una forma de tortura -caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, etc.-. De la misma manera, la jurisprudencia del TEDH ha elaborado un concepto amplio y no formalista de la violación y ha facilitado con ello el castigo de estas conductas. En sentencias emblemáticas -asunto *X e Y c. Países Bajos*, asunto *Aydın c. Turquía*, asunto *MC contra Bulgaria*- ha enjuiciado los casos de agresión y violencia sexual como una infracción del respeto a la vida privada y familiar y como una forma de tortura y malos tratos contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así mismo, ha hecho uso del principio de las obligaciones positivas de los Estados que se derivan de este tratado para aplicarlo a supuestos de violaciones sexuales. Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, el Relator Especial sobre la tortura considera que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante de los prohibidos en la Convención contra la Tortura. El Relator afirma que los Estados son responsables de este tipo de actos perpetrados por particulares cuando no actúan con la debida

¹⁴⁸ Sobre estos cambios, véase E/CN.4/2003/75, informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, cit. supra, párrafos 37 y ss.

diligencia para impedirlos, detenerlos o sancionarlos o para ofrecer reparación a las víctimas¹⁴⁹.

Por lo que respecta a nuestro país, Amnistía Internacional advierte que la violencia sexual en España sigue siendo invisible y no prioritaria en las políticas públicas. Según la organización, nuestro país sigue sin cumplir sus obligaciones internacionales en el marco de la investigación, la prevención, la sanción y la reparación integral de las víctimas de violencia sexual¹⁵⁰. Los datos del Ministerio del Interior apuntan que una mujer es violada en España cada ocho horas y Amnistía Internacional informa que más de 1,4 millones de niñas y mujeres en España han sufrido violencia sexual en algún momento de su vida¹⁵¹. Lo cierto es que la violación y la violencia sexual en nuestro ordenamiento jurídico no están contemplados como delitos de violencia de género y no están incluidos en nuestra Ley Integral de Violencia de Género. Nuestro Código Penal diferencia entre: agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual y otros. La agresión sexual se concibe como “un atentado contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación” y cuando esta agresión consista en el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías”, el responsable será castigado como reo de violación. El abuso sexual se refiere a los actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento”. El acoso sexual, por su parte, castiga los favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, que provoca a la víctima “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”¹⁵².

¹⁴⁹ El Relator señala que el dolor y el sufrimiento psíquico que lleva aparejada la violencia sexual suele ser duradero por el estigma que imprime en las víctimas y el aislamiento que provoca, ya que, a menudo, suele entrañar la exclusión de éstas de la familia o de la comunidad en la que viven. *Vid.* A/HRC/7/3, cit. supra, párrafos 44 y 70.

¹⁵⁰ Informe de Amnistía Internacional “La violencia sexual en España sigue siendo invisible y no prioritaria en las políticas públicas”, 23 de noviembre de 2017. <https://www.es.amnesty.org> (última consulta 14/04/2019).

¹⁵¹ Los datos del Ministerio del Interior indican que en 2009 se registraron 1.304 violaciones, en 2010 1.177 y en 2011 ascendieron a 1.513 víctimas. Datos recogidos por Europa Press: <http://www.europapress.es/> (última consulta 14/04/2019). *Vid.* Informe de Amnistía Internacional. “Violencia contra las mujeres en España”, 31 diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org> (última consulta 14/04/2019).

¹⁵² El Código Penal español regula en el Título VIII los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, dividido en Capítulo I sobre las agresiones sexuales, Capítulo II referido a los abusos sexuales y Capítulo III sobre el acoso sexual. Artículos 1178, 181 y 184.

Un estudio sobre las agresiones sexuales en nuestro sistema jurídico en: ASUA BATARRITA, A: “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico” en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Ed. Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria Gasteiz, 1998, pp. 47-101. En este estudio la autora aboga por ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la “integridad moral”.

De la tipificación de estas conductas, podemos extraer algunas reflexiones: a) la indeterminación de conceptos claves que dificultan en la práctica poder diferenciar si nos encontramos ante un delito de agresión sexual o de abuso sexual; b) el peso de elementos determinantes en ambos delitos: la violencia, la intimidación y, el más controvertido de todos, el consentimiento de la víctima; c) la irrelevancia del testimonio de la víctima; y d) el excesivo margen que deja el legislador a los jueces para que sean éstos los que aprecien y decidan si se ha cometido un delito de agresión o de abuso sexual. Estas lagunas y deficiencias ponen en cuestión el grado de protección que ofrece nuestra legislación a las mujeres frente a las violaciones y otros actos de agresión sexual para que no queden impunes. El debate sobre la insuficiencia de nuestra ley para proteger a las mujeres de la violencia sexual está en la calle y se reactiva cada vez que - por desgracia- la realidad deja al descubierto las fallas del sistema, como puso de manifiesto, por ejemplo, el caso de *La Manada*.

Así pues, en nuestra opinión, aún queda mucho por hacer en España en esta materia. Es preciso modificar nuestra legislación para que proteja de manera efectiva la integridad de la mujer frente a la violencia sexual, supliendo lagunas y definiendo conceptos que dan lugar a interpretaciones judiciales dispares. Además, deben catalogarse las agresiones sexuales en general como formas de violencia contra la mujer para que reciban la respuesta que requiere este tipo de violencia, en línea con los estándares jurídicos internacionales. La llamada de atención a España por parte de Amnistía Internacional debe tenerse en cuenta para exigir que nuestro país cumpla con sus obligaciones internacionales en orden a la investigación, prevención, sanción y reparación integral de las víctimas de violencia sexual.

En definitiva, la protección de la integridad de la mujer frente a la violación y otras formas de violencia sexual, en todas sus manifestaciones, se encuentra regulada en el ámbito universal en instrumentos jurídicos no vinculantes. Estas formas de violencia afectan desproporcionadamente a mujeres y niñas y traen su causa en las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. La impunidad es uno de los factores que caracterizan este tipo de agresiones contra las mujeres y niñas. Esta impunidad proviene no sólo de la persistencia de normas discriminatorias que exoneran o reducen la pena de los autores, sino también de la tolerancia de las instituciones sociales, normas culturales y estructuras políticas que conducen a que este tipo de conductas no sean asumidas como una violación de los derechos humanos y como una

agresión de la integridad de la mujer. El concepto de violación y de acoso sexual adolece de indeterminación sin que ninguna norma internacional ofrezca una definición universalmente aceptada de ambos términos y con un enfoque de género. No obstante, la jurisprudencia internacional ha suplido las lagunas del Derecho Internacional en esta materia y su labor ha sido decisiva en la elaboración de los principios y estándares internacionales que han facilitado el castigo de estas conductas.

4.- LA TRATA DE MUJERES Y NIÑAS.

La respuesta al problema de la trata de mujeres y niñas se ubica en la actualidad en la intersección de dos ramas del Derecho Internacional: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal¹⁵³. Ambos campos han abordado el problema con estrategias diferentes; en un caso, poniendo el acento en los derechos humanos que resultan lesionados, en otro caso, centrando la atención en la represión y castigo de esta conducta. El enfoque de derechos humanos centrado en la prevención del problema y la protección de las víctimas resulta bastante novedoso y un objetivo que, en opinión de algunos autores, aún no se ha alcanzado¹⁵⁴, aunque numerosos instrumentos de Naciones Unidas de carácter no vinculante adoptan esta perspectiva desde hace ya bastante tiempo¹⁵⁵. El enfoque punitivo o penalista es el que predomina en los dos tratados internacionales de ámbito universal que regulan la trata de personas, cuyos planteamientos no se alejan mucho del tratamiento tradicional que

¹⁵³ Vid. BOISTER N.: “Transnational Criminal Law?” en *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 953-976, p. 955; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “Derecho Penal Internacional”, 1º ed. Tirant lo Blanch, 2006; MEJÍA AZUERO J.C.: “Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal” en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre 2006, pp. 181-217, p. 183.

¹⁵⁴ MILANO, V.: “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 32, 2016, p. 12. Un análisis más extenso en MILANO, V.: “The Human Rights-based approach to human trafficking in international law: An análisis from a victim protection perspective”. Tesis Doctoral 2018, Universitat de les Illes Balears. Véase también: MACHADO RUIZ, Mª D.: “Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos” en *Diversidad cultural, género y derecho*, LAURENZO COPELLO, P., DURÁN MUÑOZ, R. (Coord.), 2014, pp. 605-630.

¹⁵⁵ Una incipiente aproximación a la perspectiva de los derechos humanos en materia de trata puede observarse en la Resolución 49/166 de 1995 de la Asamblea General, que es la primera específica sobre la trata de mujeres y niñas. Con posterioridad y de forma sucesiva, en cada período de sesiones, la Asamblea ha aprobado Resoluciones sobre este tema. Vid. A/RES/49/166, 24 de febrero de 1995, Trata de mujeres y niñas, Preámbulo y párrafo 4; A/RES/50/167, 16 de febrero de 1996; A/RES/51/66, 31 de enero de 1997 y sucesivas.

ha tenido la trata a lo largo del siglo XX. Nos estamos refiriendo al Convenio de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, aún vigente¹⁵⁶, y a la norma con más trascendencia en esta materia, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo¹⁵⁷ que forma parte de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyas disposiciones son complementarias¹⁵⁸. Al contrario que el Convenio de 1949 que no deja rastro de una visión centrada en los derechos humanos, el Protocolo de Palermo sí recoge algunas medidas dirigidas a la protección de las víctimas, aunque son tan escasas que no llegan a romper el predominio del enfoque penalista frente al de derechos humanos.

En este epígrafe pretendemos conocer el grado de protección que ofrece el Derecho Internacional en su conjunto a las mujeres y niñas víctimas de trata, teniendo en cuenta que la trata no es neutral al género, puesto que afecta de manera desproporcionada a las mujeres y a las niñas -más aún cuando su fin es la explotación sexual-¹⁵⁹, que el enfoque basado en los derechos humanos garantiza una protección

¹⁵⁶ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Aprobado mediante la Resolución de la Asamblea General 317 (IV) de 3 de diciembre de 1949. Entró en vigor el 25 de julio de 1951. España se adhirió al Convenio mediante instrumento de 18 de junio de 1962 (BOE nº 230, de 25 de septiembre de 1962). El Convenio refunde los cuatro tratados anteriores sobre la trata aprobados a principios del siglo XX. En el proceso de elaboración de este Convenio no participó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer porque el Consejo Económico y Social no le otorgó ninguna responsabilidad en el ámbito denominado “defensa social” -según la terminología de la Sociedad de Naciones- que comprendía los llamados “males sociales”, esto es, prostitución, tráfico de mujeres, pornografía, literatura obscena y narcóticos. Estas materias requerían una acción concertada para su eliminación, por lo que dicha responsabilidad se confirió a la Comisión Social del ECOSOC. Vid. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas...*, op. cit., p.35.

¹⁵⁷ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000. Entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003. Ratificado por España el 1 de marzo de 2002 (BOE nº 296, de 11 de diciembre de 2003). El Protocolo ha sido ratificado por 168 Estados.

¹⁵⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000. Entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003. Ratificado por España el 1 de marzo de 2002 (BOE nº 233, de 29 de septiembre de 2003). La Convención ha sido ratificada por 185 Estados. El tratado parte de la convicción jurídica de que la acción efectiva contra este tipo de delincuencia requiere una adecuada colaboración entre los órganos encargados de hacer cumplir la ley en todos los Estados. Su propósito es, por tanto, promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente este tipo de delincuencia. La Convención ha sido completada por un segundo Protocolo: el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Ratificado por España 21 de febrero 2002 (BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2003). El Protocolo ha sido ratificado por 141 Estados.

¹⁵⁹ Así lo confirman los principales órganos de Naciones Unidas y lo avalan los datos, pese a las dificultades para medir este fenómeno que los autores achacan principalmente a la escasez de datos, la ausencia de realismo y la imposibilidad de comparar los datos recopilados. Según el último informe de la UNODC, las mujeres y niñas representan el 71% de las víctimas de trata. Del total de víctimas de trata, casi un tercio son niñas y niños. En regiones como África subsahariana y América Central y el Caribe, las

más efectiva de las víctimas de trata, y que la perspectiva de derechos humanos en el problema de la trata extiende el campo de las obligaciones y responsabilidad de los Estados a cuestiones que no se tendrían en cuenta si no se adoptara este enfoque¹⁶⁰. El criterio de los derechos humanos, junto con el de género, se convierte, pues, en un revulsivo en esta materia, que rompe los límites que impone un punto de vista exclusivamente penal y represor de la trata. Con un enfoque de derechos humanos, la responsabilidad de los Estados se extiende a la aplicación de los principios y estándares que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, la prevención, la protección, la reparación, la persecución y la aplicación del principio de la debida diligencia, que hace responsables a los Estados de los actos que atentan contra los derechos de las mujeres y niñas víctimas de trata, incluso cuando no son actores estatales, sino particulares, los que los cometen¹⁶¹.

Sin embargo, los grandes textos de derechos humanos, o guardan silencio o son parcos en la regulación del problema de la trata. Únicamente la Convención CEDAW y la Convención de los Derechos del Niño hacen mención explícita de la trata, aunque

niñas y niños representan el 62%- 64% de las víctimas. El informe incluye, asimismo, información sobre la multiplicidad de rutas para la trata de personas, incluidas aquellas dentro de los países, entre países vecinos y hasta entre diferentes continentes. Vid. UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2016, Nueva York, 2016. Disponible en: <http://www.unodc.org>. La OIT, por su parte, afirma que las mujeres y las niñas representan el 99 por ciento de las víctimas de trabajo forzoso en la industria sexual comercial. Vid. OIT “Estimaciones Mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso.” Resumen ejecutivo. Ginebra 2017, p. 9. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipee/documents/publication/wcms_596485.pdf (última consulta 14/04/2019). En España, según datos del Defensor del Pueblo, la práctica totalidad de las víctimas de trata con fines de explotación sexual son mujeres. Vid. Informe del Defensor del Pueblo, “La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles”, Madrid, 2012. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-y-%C3%ADctimas-invisibles-ESP.pdf> (última consulta 14/04/2019). Véase también: VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata...* op.cit., p. 95 y ss.

¹⁶⁰ Obakata sostiene que la única forma de abordar con garantías de éxito el fenómeno de la trata de personas es desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que permite aplicar el criterio de la debida diligencia como el umbral a partir del cual es posible exigir responsabilidad al Estado por no haber evitado la violación de los derechos humanos que conlleva la trata. Vid. OBAKATA, T. *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective. Towards a Holistic approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2006, p. 32 y ss. y 149 y ss. De la Cuesta, por su parte, opina que el enfoque integral basado en los derechos humanos sirve para superar las deficiencias de los tratados existentes y sus mecanismos de aplicación, así como para evitar todo riesgo de victimización secundaria o revictimización. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea” en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., POELEMANS M. (Coord.), Navarra, Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi., 2013, pp. 60-74.

¹⁶¹ Algunos autores añaden a la prevención, la protección, la reparación, la persecución y la aplicación del principio de la debida diligencia, dos elementos más: la primacía de los derechos humanos junto con el enfoque victimocéntrico; y la aplicación transversal de los principios de derechos humanos. MILANO, *Protección de las víctimas de trata...*, op. cit., p.13. La autora analiza estos elementos a la luz de los Principios y Directrices del ACNUDH de 2002.

ninguno de estos tratados ofrece una definición de ésta. Así, por un lado, la Convención CEDAW recoge en el artículo 6 la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer. Esta disposición es importante porque, salvo esta referencia, el tratado no hace mención de ninguna otra forma de violencia contra la mujer. Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño establece en el artículo 35 la necesidad de adoptar medidas para impedir la trata de niños para cualquier fin o en cualquiera de sus formas, y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía -adoptado precisamente para hacer frente a la trata internacional de menores para estos fines- amplía las medidas de protección frente a este tipo de conductas. Sin embargo, estas disposiciones no tienen un enfoque de género y no contemplan medidas especiales para las mujeres y niñas que sufren la trata de manera desproporcionada frente a los hombres y niños, pasando por alto sus necesidades específicas. De nuevo advertimos aquí el silenciamiento de las voces de las mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta “pobreza” de las normas convencionales universales en la regulación de la trata, lleva a algunos autores a afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido incapaz de proporcionar una respuesta protectora para las víctimas de trata durante todo el siglo XX¹⁶².

Si bien es cierto que los grandes textos de derechos humanos guardan silencio y son parcos en la regulación de este problema, no ocurre lo mismo con las normas e instrumentos no vinculantes aprobados por los principales órganos de Naciones Unidas, a pesar de que éstos tampoco ofrecen una definición de trata desde la perspectiva de los derechos humanos. También las grandes Conferencias y Cumbres mundiales se han centrado en el aspecto de derechos humanos como elemento central de la trata. A modo de ejemplo podemos señalar las Conferencias Mundiales sobre la Mujer -la más explícita, la Conferencia de Beijing, contempla la eliminación de la trata de mujeres y la prestación de asistencia a las víctimas como uno de sus objetivos prioritarios- y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible incluye la eliminación de la trata dentro del Objetivo 5.2 dirigido a eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado¹⁶³.

¹⁶² MILANO, *Protección de las víctimas de trata...*, op. cit., p. 7.

¹⁶³ Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, cit. supra, párrafos 124 a 130, capítulo I, Resolución 1, anexos I y II. Vid. A/RES/70/1, cit. supra, Objetivo 5.2. La Agenda 2030 pone de

En las Resoluciones más recientes sobre la trata de mujeres y niñas aprobadas por la Asamblea General -Resolución 71/167 de 2017- y por el Consejo de Derechos Humanos -Resolución 32/3 de 2016-, se percibe de manera mucho más nítida la perspectiva de derechos humanos y la perspectiva de género¹⁶⁴. Ambas perspectivas son coherentes con la configuración de la trata y de la prostitución forzada en la DEVAW como formas de violencia contra la mujer que se manifiesta particularmente en un ámbito transnacional¹⁶⁵. Ambos enfoques también nos obligan a tener en cuenta causas y efectos que contribuyen a la mayor vulnerabilidad de mujeres y niñas a la trata que de otra manera no se tendrían en cuenta. En este sentido las Resoluciones de la Asamblea y del Consejo de Derechos Humanos apuntan como causas subyacentes de la trata a la violencia de género, la discriminación y la desigualdad de género¹⁶⁶. También se han

manifiesto que la trata, al igual que cualquier otra forma de violencia contra la mujer, no sólo afecta a sus derechos más elementales, sino también al desarrollo y progreso mundial.

¹⁶⁴ Vid. A/RES/71/167, de 2 de febrero de 2017, Trata de mujeres y niñas, Preámbulo. La Resolución de la Asamblea recoge explícitamente la necesidad de adoptar una estrategia integral contra la trata desde una perspectiva de derechos humanos y con un enfoque de género instando la adopción de “medidas que tengan en cuenta el género y la edad de las víctimas”. La persecución y castigo de los infractores se contempla en el punto 26. La protección de las víctimas de trata se aborda en los puntos 27, 31, 33 y 37, entre otros. La prevención de la trata está presente en los puntos 13, 30, 35 y 38, entre otros. Finalmente, la aplicación del principio de la debida diligencia como obligación de los Estados es recordada en el Preámbulo de la Resolución. Por otra parte, también el Consejo de derechos Humanos aboga por un enfoque centrado en las víctimas y una estrategia integral contra la trata desde una perspectiva de derechos humanos. Vid. A/HRC/32/3, de 30 de junio de 2016, “Trata de personas, especialmente mujeres y niños: protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata, especialmente las mujeres y los niños, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos”, puntos 6 a 11. La tipificación del delito de trata en todas sus formas y el castigo a los infractores es contemplado en el punto 13. Las medidas de prevención y protección están reguladas en los puntos 12 y 14.

¹⁶⁵ Vid. A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafo 135; A/66/215, cit. supra, párrafos 43 a 46; CAT/C/GC/2, cit. supra, párrafo 18.

¹⁶⁶ Vid. A/RES/71/167, cit. supra, párrafos 16 y 18; A/HRC/32/3, cit. supra, Preámbulo. Véase también: A/RES/72/1, de 9 de octubre de 2017, punto 3, Declaración política sobre la aplicación del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. La Declaración política reafirma el compromiso de los Estados de hacer frente a los factores que hacen a las personas vulnerables a la trata, destacando, entre otros, la violencia sexual y “una cultura de tolerancia respecto de la violencia contra las mujeres, los jóvenes y los niños”.

El Manual para la lucha contra la trata de personas de la UNODC afirma que las dificultades económicas, los conflictos, la delincuencia y la violencia social, los desastres naturales y otros factores adversos de este tipo ponen en una situación desesperada a millones de personas, haciéndolas vulnerables a diversas formas de explotación y esclavitud. Las mujeres y las niñas –sostiene el documento– en muchas sociedades son menos valoradas que los hombres y los niños, y se espera de ellas que sacrifiquen su educación y asuman responsabilidades domésticas, como el cuidado de sus maridos, padres y hermanos. Esta discriminación basada en el sexo hace que las mujeres y las niñas sean desproporcionadamente más vulnerables a la trata. Vid. UNODC, Oficina contra la Droga y el Delito, “Manual para la lucha contra la trata de personas”, Nueva York, 2007, p. xviii.

Entre los autores que apuntan a la violencia de género como causa de la trata de mujeres y niñas, vid.: FERNÁNDEZ, S.: “Contextualización de la trata: la esclavitud que permanece” en *Trata de personas, dignidad y derechos humanos*, Nuria Cordero Ramos, Pilar Cruz Zúñiga y Norman Solórzano Alfaro (Ed.), ArCibel Editores, Sevilla, 2012, pp. 113-124, p. 118; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...op.cit.*, pp. 89 y ss. Un estudio de la trata con fines de prostitución forzada conceptualizada como violencia machista en: VELOCCI, C., GARRIDO, L., VALIÑO, V.: *Análisis socio jurídico de la trata*

señalado como causas las prácticas tradicionales nocivas que tienen que ver con la globalización cultural, y la prostitución¹⁶⁷. Para algunos autores, la perspectiva de género resulta imprescindible para entender estas causas. Villacampa Estiarte, por ejemplo, sostiene que la desigualdad de género determina, además de la especial vulnerabilidad a la trata, la feminización de la pobreza, que está provocando a su vez la feminización de los movimientos migratorios. En palabras de la autora “la pobreza junto con el desplazamiento, unida a la desinformación, favorece la trata”¹⁶⁸. En definitiva, como señala la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, las causas fundamentales de la trata se resumen en la falta de derechos de las mujeres y la denegación de su libertad¹⁶⁹. En cuanto a los efectos de la trata en las mujeres y niñas, los graves daños físicos y psicológicos que llegan a sufrir las víctimas¹⁷⁰ muestran

con fines de prostitución forzada: Herramientas para una intervención desde una perspectiva de derechos, Ed. Observatori DESC - Genera – Antígona, noviembre de 2011.

¹⁶⁷ A modo de ejemplo de prácticas nocivas que resultan esclavizantes para las mujeres, podemos citar: las *devadasi* en la India, las *deuki* en Nepal, las *trokosi* en Ghana, Benin, Nigeria o Togo, prácticas que consisten en ofrecer mujeres jóvenes como siervas de Dios que acaban siendo explotadas sexualmente por los ministros del culto religioso. Junto a estas prácticas tradicionales hay que sumar otras que tienen relación con la globalización cultural, como, por ejemplo, la trata sexual de mujeres en los países del sudeste asiático, como Tailandia, donde en zonas rurales deprimidas se vende a las hijas para obtener dinero y adquirir bienes de consumo modernos. En relación con la prostitución, el Centro de Estudios e Investigación sobre Mujeres (CEIM) sostiene que la trata existe porque existen clientes dispuestos a pagar por sexo, por lo que no se pueden entender las causas y dinámicas de la trata ni la existencia de redes de explotación sexual si no se enmarcan en el contexto y dinámicas de la prostitución. Vid. AGIRREGOMEZKORTA, R.B.: “Mapeando abordajes: escenarios y acciones de la lucha contra la trata de personas” en *Trata de personas, dignidad y derechos humanos*, Nuria Cordero Ramos, Pilar Cruz Zúñiga y Norman Solórzano Alfaro (Ed.), ArCibel Editores, Sevilla, 2012, pp. 126-140.

Algunos autores ponen el acento en factores económicos como causas de la trata de personas. Entre ellos, ZHANG: *Smuggling and trafficking in Human beings. All roads led to America*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 2007, p.11; BALES/TRODD/WILLIAMSON, op.cit., p. 47 y ss.; BALES, *La nueva esclavitud...* op.cit., p. 49 y ss. Estos autores distinguen entre factores que impulsan a las personas desde los países de origen a trasladarse a los de destino –*push factors*– y los factores que atraen a las personas procedentes de países de origen a los países de destino –*pull factors*–, partiendo de la idea de que la trata constituye una actividad comercial en la que se comercia con seres humanos y que se articula por las leyes del mercado, determinando las causas que producen el tráfico desde el prisma de la oferta y desde el lado de la demanda de los potenciales consumidores. Así, desde el lado de la oferta, los factores que inciden en la trata –los *push factors*– son básicamente factores económicos (la pobreza, la falta de trabajo o de oportunidades para progresar), factores educativos y factores culturales. Desde el lado de la demanda se apunta a tres tipos de factores: la solicitud de este tipo de servicios por parte de la población masculina de los países de destino, la elasticidad de la demanda en este mercado y los ingentes beneficios económicos, asociados al bajo riesgo que produce esta actividad criminal.

¹⁶⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op.cit., p. 91.

¹⁶⁹ Vid. E/CN.4/2000/68, de 29 de febrero de 2000, Informe de la Sra. RADHIKA COOMARASWAMY, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 54 y ss.

¹⁷⁰ Vid. RED ACOGE *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de la trata de mujeres*. Autores: Blanca Ruiz – Eva Martínez – Alfredo Martínez – Carlos Bascuñana – Manuel Cutrín, 2005, Capítulo 4 pp. 56 y ss. Disponible en: <http://www.redacoge.org/> (última consulta 14/04/2019).

Véase también: UNODC: “Manual de Primeros auxilios para los funcionarios de los servicios de aplicación de la ley encargados de la respuesta inicial en los casos de trata de personas”, Ginebra 2009,

especificidades en función del tipo de explotación a la que son sometidas¹⁷¹. Por consiguiente, los Estados, en aplicación de las Resoluciones citadas, están obligados a tener en cuenta estas causas y estos efectos de la trata en mujeres y niñas, y en función de ello deben adoptar medidas eficaces de prevención, investigación y protección de las víctimas y deben rendir cuentas de las medidas adoptadas en este sentido.

A este enfoque de derechos humanos y de género que recogen las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe sumar el enfoque penalista y criminocéntrico que predomina en esta materia y que viene recogido en los dos tratados universales que regulan la trata de personas. Este marco jurídico convencional regula el problema de la trata vinculada a dos realidades: la prostitución y la delincuencia organizada transnacional. Y es que la trata es un fenómeno complejo por la variedad de actividades que comprende, su carácter clandestino y secreto, su posible relación con la migración, la delincuencia organizada y los grupos armados y terroristas, y por los numerosos actores involucrados en su proceso: las familias, los intermediarios locales, las organizaciones delictivas y las autoridades de inmigración, entre otros¹⁷². Además, a las viejas modalidades de trata se unen ahora nuevas formas. Así, aunque la trata con fines de explotación sexual y trabajos forzados continúa siendo una de las modalidades más detectadas, también existen víctimas de trata con fines de mendicidad, matrimonios forzados o fraudulentos, o pornografía¹⁷³.

La trata asociada a la prostitución es el eje sobre el que gira el Convenio de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, que refunde los cuatro tratados anteriores aprobados a principios del siglo XX sobre la trata

disponible en: <http://www.unodc.org/> (última consulta 14/04/2019); Red Española contra la trata de personas: “Guía básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación”, julio 2008, disponible en: <http://www.cruzroja.es/> (última consulta 14/04/2019).

¹⁷¹ Así, por ejemplo, las personas explotadas sexualmente suelen sufrir inflamación de la pelvis, el VIH u otras enfermedades infecciosas, abortos forzados o abortos practicados en condiciones de insalubridad. Resulta interesante conocer los testimonios directos de las víctimas de trata, como el caso de Marcela Loaiza, colombiana que fue captada por una red de trata que funciona entre Japón y Colombia para abastecer prostitutas a la mafia *yakuza*, grupo criminal radicado en Japón cuyos orígenes se remontan al siglo XVII y que controla el negocio del tráfico de mujeres con fines de explotación sexual. La mafia recluta sólo extranjeras para consumo nacional, particularmente latinoamericanas porque las considera “las más calientes”. Marcela Loaiza fue engañada con el señuelo de un contrato de trabajo como bailarina en Japón y cuando llegó a su destino la obligaron a trabajar como prostituta. Logró escapar de la red mafiosa, comenzó un largo camino de regreso a su país y a su vida anterior en el que no encontró el apoyo legal y psicológico que necesitó y buscó. Loaiza rompió su silencio y contó su historia denunciando las mafias que explotan a las mujeres víctimas de trata. Vid. LOAIZA, M., *Atrapada por la mafia Yakuza*, ed. Planeta, 2011.

¹⁷² ORBEGOZO OROÑOZ, op. cit., pp. 110 y ss.

¹⁷³ Vid. UNODC, *Global Report on Trafficking...*, cit. supra.

de blancas y la trata de mujeres y niños. Este tratado adopta un enfoque neutro en cuanto al género e incluye como potenciales víctimas de este delito a las mujeres, los hombres y los niños. El Convenio no define el concepto de trata y se centra exclusivamente en castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra, concierte o explote la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento. Así mismo, prevé el castigo de toda persona que mantenga, administre, sostenga o financie una casa de prostitución, y a aquella que diera o tomase en arriendo un local para explotar la prostitución ajena¹⁷⁴. En definitiva, el Convenio, desde una perspectiva prohibicionista y penalista, regula únicamente la trata con fines de explotación de la prostitución, asimilando trata y prostitución como si se trataran de la misma cosa¹⁷⁵. Por otro lado, el texto castiga la trata con independencia de que se transporte o no a la víctima de un país a otro; cualquiera que fuese su sexo, raza o edad; y con independencia de que hubiese prestado o no su consentimiento que, a efectos del Convenio, es irrelevante. En opinión de Badia, el tratado se centra en el núcleo del problema de la trata en su acepción sexual, esto es, la comercialización de la prostitución, y, en consecuencia, la acción punitiva se dirige a la represión del proxeneta. Para Villacampa, el Convenio de 1949 es el primer instrumento internacional que considera la prostitución una materia de Derecho internacional¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Convenio para la represión de la trata..., cit. supra, artículos 1 y 2.

¹⁷⁵ La respuesta actual de los Estados a la prostitución se puede encuadrar, básicamente, en tres modelos: la prohibición, la reglamentación y la legalización. La prohibición supone la deslegitimación legal, moral y social de la prostitución, que debe ser perseguida por el poder público con el fin de conseguir su desaparición. El sistema abolicionista es el que ha predominado en el mundo occidental. El caso más emblemático en Europa lo representa Suecia que sigue este sistema, aunque con un enfoque distinto al tradicional: no criminaliza a la prostituta sino al cliente. El sistema reglamentista defiende la regulación de la actividad con fines sanitarios y de orden público. Finalmente, la legalización de la prostitución defiende la libertad de la persona que se prostituye, y considera este trabajo como un trabajo cualquiera con las mismas obligaciones fiscales y los mismos derechos laborales y sociales. El caso más emblemático en Europa de este sistema es el de Holanda. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op.cit., p. 158.

En el caso de España, la reforma del Código Penal de 1963 introduce el tratamiento penal de la prostitución. Esta reforma mantuvo una postura abolicionista, pero en un sentido laxo. El texto revisado del Código Penal de 1963 no penaliza a la mujer que ejerce la prostitución, pero sí la participación en esta actividad. (Art. 425 bis, BOE núm. 84 de 8 abril de 1963). La situación cambió con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, aprobada durante el régimen franquista, que consideraba estado peligroso la prostitución, y las mujeres que la ejercían podían ser internadas para su reeducación (Ley 16/1970, 4 de agosto de 1970, BOE núm. 187, 6 agosto 1970). El Código Penal actual, tras la reforma de la L.O. 5/2010, se acerca más al modelo abolicionista y no penaliza ni a las mujeres que ejercen la prostitución ni a los consumidores de estos servicios (BOE núm. 152, 23 junio de 2010, arts. 187 y 188). Algunos autores sostienen que el mundo de la prostitución en España se encuentra en un estado de indefinición legal, ya que la prostitución voluntaria no está penalizada ni tampoco regulada en ninguna norma. Vid. BRUFAO CURIEL, P.: *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Fundación Alternativas, 2008, p. 20.

¹⁷⁶ Vid. BADIA MARTÍ, A. M^a: "Trata de personas y explotación de la prostitución ajena" en *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas* Anna M^a BADIA

Las medidas de prevención y protección que contempla este tratado giran en torno a la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución, y a la información y vigilancia¹⁷⁷. Entre esas escasas medidas, Richard destaca la establecida en el artículo 6 del Convenio que prohíbe someter a las personas que se dediquen a la prostitución a ninguna clase de registro o control especial, evitando con ello –dice el autor- una suerte de perjuicio indirecto a estas personas que ha servido de ejemplo para otras normas internacionales y también para algunas legislaciones nacionales¹⁷⁸. No sólo son escasas las medidas de protección contempladas por el Convenio hacia las mujeres víctimas de trata, sino que, alguna de estas medidas, en opinión de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, se vuelven en contra de las propias mujeres, pues el texto permite a los Estados castigar a las mujeres que han sufrido la trata a través de su expulsión o deportación¹⁷⁹.

En definitiva, este Convenio al estar indisolublemente unido al fenómeno de la prostitución no sirve como instrumento para hacer frente a otras realidades que subyacen en el fenómeno de la trata y que no tienen que ver con la explotación de la prostitución, tales como el trabajo forzoso, los matrimonios forzados, o la extracción de órganos, por lo que excluye de su ámbito a un gran número de mujeres que son víctimas de otras modalidades de trata que no tienen que ver con la explotación de la prostitución. A ello hay que sumar las objeciones y críticas que ha suscitado el texto por

MARTÍ, A.M. (Dir), ÁLVAREZ VERDUGO, M. et al., Barcelona 2008, pp. 61-67; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op. cit. p. 159. En opinión de Villacampa, la *vis attractiva* de la prostitución en la regulación de esta materia se atribuye en gran medida a la influencia de los movimientos abolicionistas de esta práctica. Estos movimientos propiciaron un mayor interés en las investigaciones de la trata para explotación sexual, favorecieron la temprana prohibición internacional de este tipo de trata, e incluso pretendieron conseguir la prohibición de todo tipo de prostitución, incluida la libremente ejercida, sobre la base de que el consentimiento de las mujeres a la prestación de este tipo de actividades resultaba irrelevante.

¹⁷⁷ Convenio para la represión de la trata... cit. supra, artículos 16 y 17.

¹⁷⁸ Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M.: “Análisis de los instrumentos internacionales de cooperación contra la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual” en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., POELEMANS, M. (Coord., Navarra, Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 219-243, pp. 228 y ss. Entre algunas medidas de cooperación que contempla el Convenio, el autor destaca: la cooperación entre las autoridades judiciales de los países firmantes (arts. 14 y 15); el compromiso de enjuiciar a los nacionales en el caso de delitos de esta naturaleza cometidos en un país extranjero cuando no lo hubieran sido en el país donde se cometió el delito (art. 9); la vinculación de las sentencias condenatorias dictadas en un país respecto a los procedimientos judiciales que se sigan en otro (art. 7); y la admisión de la extradición de los acusados por estos delitos (art. 8).

¹⁷⁹ Vid. E/CN.4/2000/68, cit. supra, párrafos 21 a 26. Conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 19 del Convenio, los Estados pueden repatriar a las víctimas de trata que deseen su repatriación o fueran reclamadas por personas con autoridad sobre ellas. En el caso de las víctimas que no tengan residencia legal en el país es probable que sean deportadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 en relación con el artículo 18.

el enfoque abolicionista y represor de la prostitución por parte de los partidarios de su reglamentación y despenalización.

La trata asociada a la delincuencia organizada transnacional es el eje sobre el que gira el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo, que se centra en la autoría del delito a través de las redes de delincuencia internacional, lo que permite que los tratados jurídicos anteriores sobre la trata no hayan perdido su vigencia. El Protocolo, a pesar de ser un instrumento básicamente penalista, se propone, no obstante, abordar otros aspectos con la intención de suplir las lagunas del Derecho Internacional, ya que -como reconoce su Preámbulo- “no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas”¹⁸⁰. Esta intención le lleva a regular aspectos relacionados con la prevención del problema y la protección de las víctimas, acercándose al prisma de los derechos humanos. Cuando se elaboró el Protocolo, -apunta una experta colaboradora de la Red Española contra la Trata de Personas-, la trata no era algo novedoso, pero sí estaba alcanzando unas enormes dimensiones como fenómeno en un mundo globalizado, donde el traslado de personas de un país a otro y los flujos migratorios estaban en constante aumento. Con este tratado fundamental se pretendía luchar contra el crimen organizado que sustenta el mercado ilícito de personas, que representa el tercer negocio ilegal del mundo, tras el mercado de drogas y armas¹⁸¹. El Protocolo, a juicio de los autores, pretende colmar las lagunas que existían en la esfera universal derivadas del tratamiento histórico de la trata centrado en prácticas específicas como la prostitución. En este sentido, su aprobación supuso un hito porque alejaba el concepto de trata de la vieja noción de trata de blancas incorporando un conjunto de conductas realizadas con la invariable finalidad de explotación de la víctima¹⁸².

La primera definición convenida internacionalmente de la trata es la que ofrece el artículo 3 del Protocolo de Palermo y la principal obligación de los Estados establecida en el tratado es la penalización de la trata en su Derecho interno conforme a esta disposición¹⁸³. Así, según el artículo 3 del Protocolo, por trata de personas se entiende:

¹⁸⁰ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, Preámbulo, párrafo segundo.

¹⁸¹ Vid. FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 113-124.

¹⁸² Vid. BADIA MARTÍ, op. cit., p. 37; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., p. 34.

¹⁸³ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, artículo 5. Según la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo, la obligación consiste en penalizar la trata como una combinación de los

“a) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.¹⁸⁴

Así pues, en la definición de trata tiene cabida, no sólo el transporte transfronterizo de personas con fines de explotación sexual, sino también otras actividades - captación, traslado, etc.- y otros fines de explotación que no son exclusivamente sexuales. Esta definición de trata del Protocolo de Palermo, incluido el apartado relativo a los niños, cuyo consentimiento es irrelevante para que exista trata¹⁸⁵, ha recibido numerosas críticas y reproches debido a la imprecisión e indeterminación de conceptos claves que dificultan el castigo del delito. Así, la organización Global Rights considera que la definición no es apropiada para ser utilizada en su transcripción literal en las legislaciones internas por el lenguaje ambiguo utilizado y la cantidad de

elementos constitutivos y no los elementos en sí. *Vid.* UNODC, “Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, 2004, párrafo 32c), p. 270, párrafo 33. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf (última consulta 14/04/2019).

¹⁸⁴ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, artículo 3. Según la Guía legislativa la principal razón para definir la trata en Derecho Internacional era imponer un cierto grado de armonización de conceptos basada en un consenso. *Vid.* UNODC, “Guías legislativas... cit. supra, p. 271, párrafo 35.

¹⁸⁵ La redacción del apartado c) del artículo 3 ha recibido críticas por la utilización de un lenguaje poco claro e inadecuado para abarcar los actos de trata que se realizan con fines de prostitución infantil o de pornografía infantil. *Vid.* Global Rights, “Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas”, 2002, Washington, 2002, p. 14. Disponible en: https://www.mimp.gob.pe/files/.../Guía_annotada_del_Protocolo_de_Palermo.pdf (última consulta 14/04/2019)

elementos que necesitan ser probados¹⁸⁶. De la Cuesta señala que cuestiones como la falta de claridad en la delimitación de la trata, la indefinición de lo que debe entenderse por coerción y abuso de poder, o el propio concepto de explotación, requieren esfuerzos de esclarecimiento y delimitación¹⁸⁷. Efectivamente, algunos términos utilizados en la definición de trata como, por ejemplo, “abuso de poder” o “situación de vulnerabilidad” no aparecen definidos en el Protocolo ni en ninguna otra norma de Derecho Internacional¹⁸⁸. De forma más genérica al Protocolo se le ha reprochado que no incluya en la definición de trata la “compraventa y cesión de seres humanos” cuando estos hechos constituyen la verdadera esencia del significado de la palabra trata. Y critican que la trata se defina para fines de explotación cuando trata y explotación son dos delitos distintos, aunque en la mayoría de los casos el tratante persiga la explotación de la víctima¹⁸⁹.

El consentimiento como elemento del delito es otro aspecto que ha sido objeto de debate. Algunas corrientes de opinión critican que el consentimiento constituya un elemento del concepto de trata. Así, por ejemplo, para los defensores de la abolición de la prostitución este elemento no debe ser tenido en cuenta bajo ninguna circunstancia y reprochan al tratado que tengan que ser las víctimas de trata las que deban probar que no han dado su consentimiento a los abusos de los que han sido objeto cuando la mayoría de ellas -pobres, poco instruidas y dañadas psicológicamente- no se encuentran en situación de acusar a sus tratantes. A esta dificultad hay que añadir la derivada del *modus operandi* de los tratantes que emplean diversos mecanismos de control físico y psicológico de la voluntad de la víctima, entre ellos, la amenaza de sufrir un mal, la coacción de tipo financiero, el control relacional, el control mediante el aislamiento, y el

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 9 y ss. La indefinición de los conceptos fue, sin embargo, intencionada. Los miembros del Caucus de Derechos Humanos que participaron en los trabajos preparatorios del Protocolo propusieron esta fórmula de compromiso, con el fin de que la mayor parte de los Estados firmasen el texto, ya que, de esta manera, el Protocolo no se posicionaba sobre la prostitución voluntaria –que era la cuestión que latía en el trasfondo del asunto- y dejaba su tratamiento a la decisión individual de cada Estado. Véase también: Seminario Internacional MERCOSUR sobre Trata de Personas, Paraguay, 2011, “Trata de personas: fracaso mundial del protocolo de Palermo 2000”, directora para el MERCOSUR de la CATWLAC, Coalición de Latinoamérica y Caribe contra el Tráfico de Mujeres y Niñas. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos87/trata-y-prostitucion-fracaso-del-protocolo-palermo-2000> (última consulta 14/04/2019).

¹⁸⁷ *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, op. cit., pp. 60-74.

¹⁸⁸ Según la Guía legislativa del Protocolo, por abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse toda situación en que la persona no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso. *Vid.* UNODC, “Guías legislativas... cit. supra, p. 271, párrafo 34.

¹⁸⁹ *Vid.* Seminario Internacional MERCOSUR, cit. supra.

control mediante el engaño¹⁹⁰. El consentimiento, además, puede plantear otras cuestiones que añaden complejidad al tema. Nos referimos a aquellos supuestos en los que una persona presta su consentimiento para ser trasladada a otro lugar, a sabiendas, por ejemplo, de que va a ejercer la prostitución, pero no lo presta, en cambio, para ser maltratada o explotada en esa actividad. En estos casos se puede abrir una vía que lleve a la desprotección de auténticas víctimas de trata¹⁹¹.

La definición de trata del Protocolo incluye varias finalidades de explotación que puede perseguir este delito, sin ceñirse exclusivamente a la explotación de la prostitución ajena y la explotación sexual, alejándose así de la tradicional concepción de la trata para abarcar otras formas actuales que afectan, incluso, a un mayor número de víctimas¹⁹². Aunque la lista abierta de actos de trata recogida en el Protocolo pretende, a juicio de De la Cuesta, hacer efectiva la “universalización de la protección penal” y abarcar todas las modalidades de explotación de seres humanos, sin embargo, el foco principal sigue puesto en la explotación sexual de las mujeres y los niños mencionados en su título, lo que lleva a los autores a considerar que el Protocolo continúa siendo todavía, y primordialmente, un “instrumento anti-prostitución”¹⁹³.

En relación con la explotación sexual -la forma de trata que tradicionalmente ha afectado con más virulencia a mujeres y niños y que persigue la prestación de servicios de naturaleza sexual, a través de la prostitución o la intervención en espectáculos o en materiales pornográficos-, aunque la Guía legislativa del Protocolo señale que únicamente corresponden al ámbito de aplicación del Protocolo las formas de explotación sexual en el contexto de la trata¹⁹⁴, algunos expertos incluyen como formas

¹⁹⁰ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op. cit., pp. 130-139. Orbegozo, por su parte, señala las fases por las que pasa la mujer víctima de trata. En la fase de la captación prevalece el estado de necesidad y el engaño. Esta fase ocurre generalmente en el país de origen de la víctima, y el señuelo suele ser la oferta de un posible trabajo, en particular en el sector de la hostelería. En la fase de financiación, de nuevo el engaño juega un papel fundamental, y en él la víctima contrae una deuda con la organización por los gastos ocasionados por su viaje y la gestión de sus documentos. Finalmente, en la fase de explotación las mujeres llegan al lugar de destino y son forzadas a prostituirse mediante amenazas, coacciones o el empleo de la violencia sexual o física. Vid. ORBEGOZO ORONÓZ, op. cit., pp. 116-117.

¹⁹¹ Vid. Global Rights, *Guía Anotada del Protocolo*... cit. supra, p. 14.

¹⁹² Mediante la fórmula abierta que utiliza el Protocolo se pueden incluir otras formas de explotación que pueden concurrir en el delito de trata. Villacampa EstiarTE señala el empleo de niños en conflictos armados y las adopciones ilegales que implican algún tipo de práctica similar a la esclavitud, como nuevas formas de explotación que constituyen trata. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., pp. 78-83.

¹⁹³ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, op.cit., p. 37.

¹⁹⁴ Según la Guía legislativa del Protocolo, únicamente corresponden al ámbito de aplicación del Protocolo las formas de explotación sexual en el contexto de la trata, el resto quedan excluidas. Vid. UNODC, “*Guías legislativas*... cit. supra, p. 271, párrafo 34.

más recientes de trata con este fin los matrimonios forzados y la venta de esposas¹⁹⁵. Si bien, algunos autores advierten que en algunas ocasiones estos fenómenos no son una expresión de la trata, sino que forman parte de una práctica tradicional, como sucede en algunos países del África subsahariana o en el sur de Asia¹⁹⁶. El turismo sexual y la actuación, en algunos supuestos, de las fuerzas de pacificación e intervención de Naciones Unidas ante situaciones de conflicto armado o grandes catástrofes, se han apuntado también como formas de trata para la explotación sexual¹⁹⁷. Villacampa señala que no debe desatenderse la posibilidad de que tras el floreciente negocio de las agencias matrimoniales pueda esconderse supuestos de este tipo de trata¹⁹⁸. En este tipo de trata debemos reparar en que la mujer no sólo es víctima, en ocasiones también actúa como tratante. Y, aunque la mayoría de los condenados por el delito de trata con fines de explotación sexual son hombres, los datos de la UNODC indican que las mujeres se utilizan para reclutar a otras mujeres por lo que existe un alto porcentaje de mujeres infractoras de este delito¹⁹⁹, lo que puede tener su explicación en la importancia que tiene la relación de confianza entre la víctima y el tratante en los casos de trata²⁰⁰.

Otros de los fines de explotación de la trata pueden ser los trabajos o servicios forzados -según la OIT estos trabajos afectan mayoritariamente a mujeres y niñas en forma, por ejemplo, de servicios domésticos²⁰¹-, la esclavitud y sus prácticas análogas, y

¹⁹⁵ El grupo de expertos de Naciones Unidas en formas de esclavitud contemporánea ha incluido dentro de estas formas de esclavitud que son producto de la discriminación de género, los matrimonios forzados, el matrimonio infantil y los supuestos de venta de esposas. *Vid.* UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Specific Human Rights Issues; Contemporary Forms of Slavery; Report Of The Working Group On Contemporary Forms Of Slavery On Its Twenty-Eighth Session; Chairperson-Rapporteur: Mr. Paulo Sérgio Pinheiro*, 27 June 2003, E/CN.4/SUB.2/2003/31. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3f4f6579a.html>. (última consulta 14/04/2019).

¹⁹⁶ *Vid.* ZHANG, op. cit., pp. 131.

¹⁹⁷ *Vid.* PÉREZ ALONSO, E.J.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 73 y ss.; ZHANG, op. cit., pp. 137 y ss.

¹⁹⁸ *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op.cit., p. 72. La autora se refiere en particular a ciertos tipos de empresas de Europa y Asia oriental que, mediante anuncios en medios de comunicación y en internet, ofrecen la búsqueda de prometidas, que se compran por correspondencia como si fueran mercancía y que son explotadas, sexualmente o laboralmente, para las tareas domésticas, al llegar a sus lugares de destino.

¹⁹⁹ *Vid.* UNODC, *Global Report on Trafficking...*, cit. supra, p. 7.

²⁰⁰ *Vid.* ORBEGOZO ORONÓZ, op. cit., p. 119.

²⁰¹ La OIT nos indica que las mujeres y las niñas representan el 56% de las víctimas de explotación económica forzosa frente al 44% de hombres y los niños. Este porcentaje aumenta en los casos de explotación sexual comercial forzosa en el que las mujeres y niñas representan el 98% de las víctimas. Según sus estimaciones de los 12,3 millones de personas sometidas a trabajo forzoso, aproximadamente 2,4 millones -alrededor del 20%- son resultado de la trata de personas. *Vid.* OIT “El trabajo forzoso en la actualidad” en *Trabajo*, Revista de la OIT, Núm. 54, agosto 2005, Ginebra, p. 7. Según Villacampa Estiarte, el servicio doméstico, la mendicidad callejera y las actividades ilegales son actividades en las que son explotadas laboralmente las mujeres víctimas de trata. *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op.cit., pp. 72-78.

la servidumbre. Ninguno de estos conceptos aparece definido en el Protocolo. Tampoco la Guía legislativa del Protocolo aclara algo más sobre estos conceptos en relación con la trata, más allá de su remisión a los tratados internacionales específicos sobre la materia, esto es, los Convenios de la OIT sobre trabajo forzoso o los Convenios elaborados en el seno de Naciones Unidas para la erradicación de la esclavitud²⁰². Para la doctrina, la trata y la esclavitud son realidades diferentes, aunque guardan estrecha relación. Así, unos autores opinan que la trata es un mecanismo para esclavizar a las personas, un proceso de esclavización, pero no el resultado de ese proceso, que es lo que constituye la esclavitud, de ahí que sólo un pequeño porcentaje de las personas esclavizadas en el mundo, han sido previamente objeto de trata²⁰³. Para otros, la definición de esclavitud que ofrecen los convenios específicos sobre la materia -cuya nota característica es el concepto de propiedad- no coincide completamente con el concepto de trata de personas, que se concibe más como un proceso que conduce hacia la esclavitud que la esclavitud misma, como tampoco resulta evidente que quepa incluir la trata como una nueva forma de esclavitud de las contempladas en la Convención suplementaria²⁰⁴.

Finalmente, el Protocolo señala la extracción de órganos como uno de los posibles fines de la trata. Según la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo, la extracción de órganos de niños por razones médicas o terapéuticas legítimas no se puede considerar un elemento de trata si un progenitor o tutor ha dado su consentimiento²⁰⁵. Algunos autores, para darle un sentido más preciso a esta forma de trata la han denominado explotación fisionómica de las víctimas²⁰⁶.

Los actos que constituyen el delito de trata recogidos en el artículo 3 del Protocolo, deben tener carácter transnacional y entrañar la participación de un grupo delictivo organizado para que puedan incluirse en el ámbito de aplicación del tratado, consecuencia lógica de formar parte de la Convención contra la Delincuencia

²⁰² Vid. UNODC, “*Guías legislativas...* cit. supra., p. 270, párrafo 32 c). Según la Guía la alusión a la esclavitud o prácticas análogas puede comprender la adopción ilegal en ciertas circunstancias, párrafo 34. Vid. OIT: Convenio n° 29 de 1930 relativo al trabajo forzoso u obligatorio; Convenio n° 105 de 1957 relativo a la abolición del trabajo forzoso. Convención sobre la esclavitud de 1926 y Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956.

²⁰³ Vid. BALES/TRODD/WILLIAMSON, op.cit., p. 35.

²⁰⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op. cit., p. 58.

²⁰⁵ Vid. UNODC, “*Guías legislativas...*”, cit. supra, párrafo 34.

²⁰⁶ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata ...*, op.cit., pp. 78-83.

Organizada Transnacional²⁰⁷. El Protocolo excluye, por tanto, de su ámbito de aplicación los supuestos de trata que no implican desplazamientos internacionales –trata interna- y los que son cometidos por una o dos personas que no forman parte de un grupo delictivo organizado. Sin embargo, estos casos, según la doctrina, las organizaciones internacionales y los órganos de protección de derechos humanos²⁰⁸, constituyen supuestos de trata, ya que ésta no tiene que implicar necesariamente el cruce de fronteras internacionales ni la participación de grupos organizados, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores domésticos reclutados únicamente por una o dos personas para trabajar en un país extranjero en condiciones de semiesclavitud. Para que estos supuestos no escapen de la acción de los Estados, algunas organizaciones internacionales²⁰⁹ defienden la extensión del Protocolo a los casos de trata que no cumplan los requisitos de la transnacionalidad y la participación de un grupo organizado por aplicación del artículo 34.2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada²¹⁰. Así lo ha entendido también la Guía legislativa del Protocolo que excluye la exigencia de estos requisitos para aquellos delitos de trata cometidos dentro de un país²¹¹. En definitiva, y al margen de esta interpretación extensiva de la Convención contra la Delincuencia Organizada, nos encontramos en este punto con otra laguna del Derecho Internacional que puede dejar sin protección a las víctimas de muchas modalidades de trata, cuando la realidad nos muestra que elemento geográfico en este delito no es determinante y que muchas formas de trata no implican necesariamente el cruce de fronteras internacionales y puede producirse en el interior de los Estados.

El Protocolo de Palermo, como apuntábamos anteriormente, no sólo tipifica las conductas que constituyen el delito de trata, sino que también incorpora aspectos relacionados con la prevención y protección a las víctimas, lo que le otorga un valor añadido y cierta perspectiva de derechos humanos²¹². Sin embargo, y pese a que esos

²⁰⁷ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, artículo 4. El carácter transnacional alude a más de un Estado y la participación de un grupo organizado se refiere a la existencia de tres o más personas que de manera estructurada actúan concertadamente con el propósito de cometer un delito. Vid. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cit. supra, artículos 2 y 3.

²⁰⁸ Vid. E/CN.4/2000/68, cit. supra, párrafos 68 a 71; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., p. 37-38.

²⁰⁹ Vid. Global Rights, *Guía Anotada del Protocolo*... cit. supra, p. 16.

²¹⁰ Conforme al artículo 34.2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, los Estados están obligados a tipificar en su Derecho interno los delitos señalados en algunos artículos de la Convención independientemente de su carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo.

²¹¹ Vid. UNODC, “*Guías legislativas para la aplicación*...”, cit. supra, p. 278, párrafo 45.

²¹² Vid. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, Preámbulo y artículo 2. Además de la protección de las víctimas y la prevención de la trata, la finalidad del Protocolo es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir este problema. Estas medidas de cooperación se

objetivos aparecen declarados en el Preámbulo y el artículo 2 del texto, como señala Milano el impacto del avance que representa la incorporación del enfoque de derechos humanos en el Protocolo de Palermo queda diluido a la hora de examinar el texto del tratado²¹³. Efectivamente, no podemos estar más de acuerdo con esta apreciación, cuando observamos que las disposiciones del Protocolo destinadas a la protección de las víctimas –Capítulo II- utilizan un lenguaje laxo, repleto de términos condicionantes para fijar las obligaciones de los Estados: “cuando proceda”, “en la medida que lo permita su Derecho interno”, “considerará la posibilidad”, etc. Esta flexibilidad contrasta con otras disposiciones del Protocolo dedicadas a la persecución penal del delito que contienen un lenguaje imperativo, lo que para nosotros es indicativo de un menor nivel de exigencia en cuestiones de protección²¹⁴.

Por otro lado, el Protocolo no incluye una definición de víctima de trata, lo que dificulta su identificación, elemento que es clave para que se puedan desplegar todas las medidas de protección que se contemplan en el texto: asistencia y apoyo, confidencialidad de las actuaciones judiciales, privacidad de la identidad, información y derecho a la defensa, recuperación física, psicológica y social, seguridad y la repatriación. En la aplicación de estas medidas, cada Estado debe tener en cuenta “la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados”²¹⁵. Sin embargo, el Protocolo no concreta el tipo de necesidades especiales de las que habla ni el tipo de respuesta que espera de los Estados para hacer frente a estas necesidades. La Guía legislativa del Protocolo centra la atención de esta disposición en las necesidades de los niños exclusivamente, manteniendo silencio sobre las necesidades especiales que pueden requerir, por ejemplo, las mujeres tratadas que hayan sufrido abuso sexual²¹⁶.

centran en tres áreas: el intercambio de información; las medidas fronterizas; y la seguridad y control de documentos. Arts. 10, 11, 12 y 13 del Protocolo.

²¹³ Vid. MILANO, *Protección de las víctimas de trata...*, op. cit., p. 9.

²¹⁴ Vid. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, Capítulo II. Protección de las víctimas de la trata, artículos 6, 7 y 8. La protección de las víctimas apunta en tres direcciones: la asistencia y protección, el régimen aplicable a las víctimas en el Estado receptor, y la repatriación. La Guía legislativa del Protocolo indica con claridad que el artículo 5 relativo a la penalización no contiene elementos facultativos, por el contrario, los artículos 6, 7 y 8 incluyen medidas que deben ser adoptadas o “cuya adopción puede estudiarse”. Vid. UNODC *Guías legislativas para la aplicación...*, cit. supra, párrafos 46 y 51. Véase también párrafos 62 y ss.

²¹⁵ Vid. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, artículo 6.4.

²¹⁶ Vid. UNODC *Guías legislativas para la aplicación...*, cit. supra, párrafos 65 a 67.

La repatriación de la víctima se contempla en el Protocolo como una medida de protección²¹⁷. Sin embargo, los autores que defienden la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia abogan por el reconocimiento de la condición de refugiado a las víctimas de trata, aplicándoles el principio de no devolución, sobre la base de lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951. Este reconocimiento constituiría una obligación de los Estados en orden a la protección de las víctimas e implicaría otros aspectos como el deber de asegurarles un permiso de residencia, facilitarles la repatriación, investigar los hechos e indemnizar a las víctimas. Villacampa opina que las víctimas de trata comparten la característica de haber sido tratadas, que es una característica inmutable y aglutinadora que los singulariza como grupo social y que puede bastar para considerar que sufren un fundado temor de ser perseguidas en un Estado que no ha demostrado capacidad para neutralizar la amenaza que se ha convertido en daño para ellos en el pasado²¹⁸. Otra medida de protección que se ha echado en falta en el Protocolo y que otras normas convencionales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos sí recogen, es la previsión de un período de reflexión para que las víctimas decidan si colaboran o no con la administración de justicia. Dadas las características tan complejas de la trata y el *modus operandi* de los tratantes, esta medida se convierte en pieza clave para castigar el delito al tiempo que protege a la víctima.

Como el Protocolo no considera la trata de mujeres y niñas una manifestación de violencia contra la mujer no incluye medidas de protección que incidan en las causas de esta violencia -desigualdad, discriminación- ni tiene en cuenta la especial vulnerabilidad a la trata de las mujeres y niñas que han sufrido violencia de género. La falta de sensibilidad hacia estas situaciones también se refleja a la hora de abordar las medidas de prevención que únicamente apuntan a mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata²¹⁹. Y es que, como afirma la Guía legislativa, las medidas preventivas que adopta el Protocolo son análogas a las

²¹⁷ Vid. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, artículo 8. El Protocolo establece la obligación del Estado del que es nacional la víctima de facilitar y aceptar, sin demora, la repatriación de esa persona teniendo en cuenta su seguridad.

²¹⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., pp. 240 y ss.

²¹⁹ Vid. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. ut supra, artículo 9. Las actividades de protección deben dirigirse a desalentar la demanda que propicia la explotación que conduce a la trata y deben proteger a las víctimas frente a un nuevo riesgo de victimización. Estas actividades consisten en actividades de investigación, campañas de información y difusión, iniciativas sociales, educativas, culturales y económicas.

dirigidas contra la delincuencia organizada en general²²⁰, lo que acentúa una visión más penalista que centrada en los derechos humanos de las víctimas. Por eso, opinamos como Orbegozo que todavía es necesario avanzar más en proporcionar medios materiales, de asistencia y apoyo a las mujeres víctimas de trata que tengan en cuenta su propia realidad²²¹.

Por otro lado, es interesante anotar que, a diferencia de otros tratados, el Protocolo de Palermo no contiene ningún mecanismo de seguimiento y control de su aplicación, extremo éste que lo aleja de los requisitos que exige un enfoque de derechos humanos, como es, el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas por parte de los Estados²²².

No podemos estar más de acuerdo con los autores que reprochan al Protocolo de Palermo un tímido acercamiento a los derechos humanos y al género en la regulación de la trata -pese a su título-. Estas limitaciones, no obstante, han sido suplidas a través de los documentos aprobados por los órganos de derechos humanos, en particular, los Principios y Directrices del ACNUDH de 2002 en su interpretación dada en el documento de 2010 titulado “Comentario a los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”. A las Directrices hay que sumar la labor de la Relatoría Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y el Plan Mundial de Acción de Naciones Unidas, cuya aplicación ha sido reforzada recientemente mediante una Declaración política²²³. Son estos documentos de carácter

²²⁰ Vid. UNODC *Guías legislativas para la aplicación...*, op. cit., párrafo 72.

²²¹ Vid. ORBEGOZO ORONÓZ, op. cit., p.134.

²²² Vid. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata..., cit. supra, artículo 15. Las controversias que surjan en relación con su interpretación o aplicación deben solucionarse en primera instancia mediante la negociación entre los Estados afectados. En caso de que la controversia no pueda ser solucionada mediante negociación debe recurrirse al arbitraje, siempre que lo solicite uno de los Estados afectados. Si tampoco hay acuerdo en este punto, cualquiera de los Estados afectados puede remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, tanto el sometimiento de la cuestión a arbitraje como a la Corte Internacional de Justicia está condicionado a que el Estado en cuestión no haya hecho uso de su posibilidad de reserva a este punto, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del Protocolo.

²²³ ACNUDH “Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”, E/2002/68/Add.1, 20 mayo 2002 y ACNUDH “Comentario. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”, Nueva York y Ginebra, 2010. Este documento realiza un análisis completo de los Principios y Directrices a la luz tanto de los principios generales del Derecho Internacional como de las normas particulares que guardan relación directa con la trata de seres humanos. Según el ACNUDH, la DEVAW no tiene fuerza jurídica obligatoria automática y no lleva consigo el importante peso interpretativo de la Recomendación General número 19. No obstante, su capacidad potencial para contribuir al desarrollo de una norma consuetudinaria internacional sobre la cuestión de la violencia contra la mujer, incluida la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos de violencia perpetrados por particulares o entidades privadas, no debe dejarse de lado, particularmente teniendo en cuenta que se adoptó por consenso. p. 42. Para Badia, los Principios y Directrices no solo son un elemento imprescindible para interpretar las normas vigentes sobre la materia, sino que además sirven

no vinculante los que reconocen que las violaciones de los derechos humanos basadas en motivos de género y la violencia de género, no sólo puede ser causa de la trata, sino que también puede agravar la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a la trata, por lo que orientan su protección teniendo en cuenta esta realidad. Afirman los Comentarios de las Directrices del ACNUDH que la trata de mujeres y niñas no se puede desligar de la violencia contra la mujer²²⁴. El funcionamiento de ciertas leyes, las percepciones del género y algunas medidas contra la trata adoptadas en nombre de la protección de las víctimas y la prevención de la trata pueden operar de forma discriminatoria o dar lugar a nuevas violaciones de los derechos de las mujeres y las niñas. Se cita al respecto como ejemplos, las restricciones a la emigración de mujeres y la detención de mujeres y niñas víctimas de trata²²⁵. Añaden los Comentarios de las Directrices -estas últimas, por cierto, redactadas inicialmente de forma neutra al género y con escasísimas referencias a la protección específica de las mujeres²²⁶-, que la neutralidad en cuanto al género que

para informar las decisiones que deben adoptar los Estados, que no se pueden circunscribir únicamente al ámbito penal, sino que exige la fijación de políticas públicas en una triple dimensión: 1- prevención, 2- protección y asistencia, y 3- penalización, sanción y reparación. *Vid.* BADIA MARTÍ, op. cit., p.47 y ss.

La Relatoría sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, fue constituida por Decisión del Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/RES/2004/110, 19 abril 2004. El Consejo ha prorrogado el mandato por tres años más mediante Resolución 35/5, de 10 de julio de 2017. *Vid.* A/HRC/RES/35/5. El Plan de Acción Mundial fue aprobado por la Asamblea General en 2010. *Vid.* A/RES/64/293, 12 agosto de 2010, “Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas”, y A/RES/72/1, Declaración política sobre la aplicación del Plan de Acción..., cit. supra.

²²⁴ *Vid.* ACNUDH *Comentario. Principios y Directrices...*, cit. supra, p. 42. Según el ACNUDH, la DEVAW no tiene fuerza jurídica obligatoria automática y no lleva consigo el importante peso interpretativo de la Recomendación General número 19. No obstante, su capacidad potencial para contribuir al desarrollo de una norma consuetudinaria internacional sobre la cuestión de la violencia contra la mujer, incluida la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos de violencia perpetrados por particulares o entidades privadas, no debe dejarse de lado, particularmente teniendo en cuenta que se adoptó por consenso.

²²⁵ *Vid.* ACNUDH *Comentario. Principios y Directrices...*, cit. supra, p. 63 y ss. Según el documento, las mujeres y las niñas que son objeto de trata se encuentran en situaciones de explotación específicas de su género (por ejemplo, la prostitución bajo condiciones de explotación y el turismo sexual, y el trabajo forzoso en el servicio doméstico y la industria). Las mujeres y las niñas también sufren formas de daño y consecuencias de la trata específicas de su género (por ejemplo, la violación, el matrimonio forzoso, el embarazo no deseado o forzado, el aborto forzoso y las enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA). El funcionamiento de ciertas leyes puede tener un efecto particularmente dañino en la situación de las mujeres y niñas víctimas de la trata, y cita como ejemplo las leyes en materia de nacionalidad y ciudadanía que hacen que las mujeres migrantes estén expuestas a perder la nacionalidad. Las percepciones del género desempeñan un papel importante y no siempre positivo. La idea de que «los varones migran, las mujeres son objeto de trata» ha hecho que los organismos nacionales de justicia penal a menudo parezcan más lentos a la hora de investigar y perseguir los casos de trata de personas que afectan a varones, lo que refleja un sesgo general en la atención, desviándola de la trata con fines de trabajo forzoso y en condiciones de explotación hacia la trata con fines de explotación sexual.

²²⁶ Los Principios y Directrices de 2002 recogen escasísimas referencias a las mujeres como víctimas de trata. Únicamente hacen referencia a las mujeres en la Directriz 5 relativa a los medios para hacer cumplir la ley y en la Directriz 7 sobre la prevención de la trata. Según la Directriz 5, en la capacitación que se imparta a las fuerzas del orden para que lleven a cabo la investigación y procesamiento de los casos de trata, se tendrán en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños. La Directriz 7, por su parte, hace referencia al establecimiento de programas que ofrezcan distintas maneras de ganarse la vida - educación

adoptan los instrumentos internacionales aplicables al tema de la trata puede ocultar o velar diferencias reales, que sólo pueden ser detectadas mediante un enfoque sensible a los aspectos de género y firmemente anclado en los derechos humanos. Por ejemplo, las mujeres pueden aceptar arreglos de migración peligrosos para escapar de las consecuencias de una arraigada discriminación de género, incluida la violencia familiar, y de una falta de seguridad contra esa violencia²²⁷. Los Comentarios de las Directrices defienden, en consecuencia, la aplicación de la norma de la debida diligencia para medir si un Estado asume con seriedad su obligación de investigar, enjuiciar y reparar los casos de trata de mujeres, especialmente las que hayan sido sometidas a formas de violencia contra la mujer²²⁸.

El Plan de Acción Mundial contra la trata, al igual que la Declaración política para su aplicación, también reconoce expresamente que la violencia sexual, la discriminación por motivos de género, así como una cultura de tolerancia respecto de la violencia contra la mujer, constituyen factores que hacen a las personas vulnerables a la trata y que deben ser tenidos en cuenta por los Estados en las medidas que adopten dirigidas a la prevención de este problema²²⁹.

En definitiva, si bien es considerable el avance en el ámbito universal que ha supuesto la aprobación de estos instrumentos en la protección de los derechos de las mujeres y niñas víctimas de trata, no debemos pasar por alto -aunque suene reiterativo- que todos ellos carecen de fuerza vinculante para los Estados. Estas carencias no se producen, en cambio, en algunos sistemas regionales de protección de derechos humanos. Así, el Consejo de Europa dispone de un tratado contra la trata de seres

básica, capacitación y alfabetización- especialmente para mujeres y otros grupos que han estado tradicionalmente en situación de desventaja; y a la necesidad de cerciorarse de que los posibles migrantes, especialmente las mujeres, sean debidamente informadas de los riesgos de la migración. *Vid.* ACNUDH *Principios y Directrices...*, cit. supra, Directriz 5, párrafo 2 y Directriz 7, párrafos 2 y 4.

²²⁷ *Vid.* ACNUDH *Comentario. Principios y Directrices...*, cit. supra, p. 115 y ss. Los Estados -en particular los países de origen- y otros agentes pueden abordar los aumentos de la vulnerabilidad a la trata relacionada con la discriminación y la violencia contra la mujer.

²²⁸ *Ibidem*, p. 204 y ss. El documento afirma que lo más probable es que un Estado que no penaliza la trata, que no investiga ningún caso de trata de personas, que no protege a ninguna víctima ni enjuicia a ningún autor cuando se dispone de pruebas fiables de la existencia de un problema de trata, no pase la prueba de la diligencia debida. En casos menos evidentes, es necesario evaluar si las medidas adoptadas demuestran un compromiso serio por parte del Estado a la hora de investigar y enjuiciar la trata de personas. Véase también p. 241 y 242.

²²⁹ *Vid.* A/RES/64/293 *Plan de Acción Mundial...* cit. supra, párrafos 8 y 12 y A/RES/72/1 *Declaración política sobre la aplicación del Plan...* cit. supra, párrafo 3. El Plan de Acción Mundial se fundamenta no sólo en el Protocolo de Palermo, sino también en el resto de los tratados y demás instrumentos de derechos humanos aprobados en el seno de Naciones Unidas, incluidas las Resoluciones de la Asamblea General sobre la trata de mujeres y niñas. El Plan insta a los Estados a apoyar la labor de los mandatos de los Relatores especiales, entre ellos, el de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

humanos - Convenio de Varsovia- que regula este problema desde la perspectiva de los derechos humanos y de la igualdad entre hombres y mujeres. La región de la ASEAN, una de las más castigadas por este problema, dispone de una Convención contra el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños. Y, la UE, por su parte, regula la trata en una Directiva vinculada a la política común de inmigración, incorporando un enfoque integral basado en los derechos humanos, una perspectiva de género y una ampliación del concepto de trata en relación con la definición del Protocolo de Palermo. Dada la complementariedad del Derecho Internacional en su conjunto, podemos decir que estas normas regionales refuerzan la protección internacional de las mujeres frente a la trata. También refuerza esa protección la jurisprudencia internacional que ha contribuido a asentar el enfoque de derechos humanos en esta materia. La sentencia más representativa en este sentido ha sido la dictada por el TEDH en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, en la que se pronuncia específicamente sobre la trata apartándose de decisiones anteriores en las que el Tribunal, con un enfoque exclusivamente penalista, remarcaba las obligaciones de los Estados de disponer de un marco normativo adecuado para perseguir eficazmente la esclavitud y la servidumbre²³⁰. En este caso, el Tribunal afirma que una respuesta del Estado basada exclusivamente en medidas de tipo penal resulta claramente insuficiente a la luz de los instrumentos de Derecho Internacional vigente, imponiéndose un enfoque global de la trata basado en medidas de prevención y protección de las víctimas²³¹. Los Estados están obligados a investigar de forma completa y efectiva los casos de trata. Esta obligación positiva incumbe a todos los Estados potencialmente implicados –Estado de origen, de tránsito y de destino-. Por otro lado, la obligación de identificación y castigo de los responsables de la trata no es una obligación de resultados, sino de medios²³². Pese a la acogida general favorable de la decisión del Tribunal, se ha criticado la confusión en este caso entre la trata sexual, la esclavitud sexual y el trabajo forzoso, y se ha reprochado al Tribunal que no haya ido más allá en la valoración de la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida, al igual que hizo un año antes en el caso sobre violencia doméstica *Opuz c. Turquía*. En opinión de Mackinnon, la distancia que le falta recorrer al entendimiento europeo sobre la trata sexual como resultado de esta sentencia, se vislumbra claramente

²³⁰ TEDH, *Caso de Rantsev c. Chipre y Rusia* (Demanda no. 25965/04)” 7 de enero de 2010. En esta sentencia el Tribunal se aparta de Sentencias anteriores como, por ejemplo, la dictada en el caso *Siliadin v. Francia*, n. 73316/01, de 26 de julio de 2005.

²³¹ *Ibidem*, párrafo 285.

²³² *Ibidem*, párrafo 288 y ss.

al comparar la decisión del caso *Rantsev* con la del caso *Opuz*. En el primer caso, el Tribunal sostuvo que Chipre no violó el derecho a la vida de la víctima, como sí apreció, en cambio, en el segundo caso respecto al Estado turco²³³.

De manera general se han señalado tres factores que exarcean la trata de mujeres y niñas: la falta de una perspectiva basada en los derechos humanos y que tenga en cuenta cuestiones de género, las leyes y políticas migratorias indiferentes a las cuestiones de género, y la persistencia y generalización de la desigualdad y la discriminación entre los géneros. Por tanto, los esfuerzos deben ser mayores para combatir eficazmente determinadas formas de trata, como, por ejemplo, la explotación sexual, la esclavitud doméstica y el matrimonio forzado, para conseguir un mayor número de procesamientos y condenas por trata²³⁴, y para reforzar el apoyo de las víctimas²³⁵. En este sentido se pronuncian algunos autores que señalan limitaciones institucionales y políticas para la realización del compromiso internacional sobre la trata²³⁶. En opinión de Richard, si bien el análisis de la normativa internacional podría conducir a pensar que la trata de seres humanos se combate de forma eficaz y coordinada, tanto en el ámbito internacional como en el nacional de cada Estado, la realidad es desalentadora cuando se advierte que esta clase de explotación humana no sólo disminuye, sino que aumenta, especialmente en Europa, y más concretamente en España, como lugar de destino de los modernos y las modernas esclavas destinadas a la explotación sexual²³⁷. La Red Española contra la Trata de Personas confirma este dato en relación con nuestro país y afirma que España está entre los principales países de

²³³ MACKINNON, C. A.: “Rantsev v. Chipre & Rusia, App. No. 25965/04” (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010) en *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, pp. 107-115, p. 110. En el caso *Opuz c. Turquía*, el Tribunal sostuvo que las autoridades turcas eran responsables del asesinato de las demandantes por violación del artículo 2 del CEDH porque debieron haber sabido que sus vidas corrían un peligro real e inmediato.

²³⁴ Según el informe sobre la Trata de la UNODC, unos 158 países, que representan un 88 por ciento de los países, han criminalizado la trata de personas conforme a lo previsto en el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas. Sin embargo, el índice de sentencias condenatorias se mantiene muy bajo y las víctimas no siempre reciben la protección y los servicios que los Estados están obligados a proporcionarles. Vid. UNODC *Global Report on Trafficking...*, cit. supra.

²³⁵ Vid. A/71/223, Informe del Secretario General sobre la Trata de mujeres y niñas, 27 de Julio de 2016, párrafos 20 a 25, y 54.

²³⁶ Gallagher apunta a los siguientes factores como obstáculos para el desarrollo y la implementación de respuestas efectivas a este problema por parte de los Estados: las deficiencias de los marcos legales aplicables, la debilidad de los flujos de información dentro y entre países, la ausencia de un entendimiento común sobre la trata, y la ubicación del fenómeno de la trata dentro de las áreas de migración altamente politizadas y sensibles. GALLAGHER, A.T: “Strengthening national responses to the crime of trafficking: Obstacles, responsibilities and opportunities” en *Development Bulletin* 66, 2004, pp. 8 a 12.

²³⁷ Vid. RICHARD GONZÁLEZ, op. cit., p.239.

destino de víctimas de trata con fines de explotación sexual, cifrándose en un 92% el porcentaje de mujeres identificadas en España como víctimas de trata²³⁸.

Nuestro país, sin embargo, no ha adoptado aún una ley dedicada específicamente a la trata de seres humanos. La penalización de esta materia se encuentra en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²³⁹, y los aspectos de protección de las víctimas en la Ley de extranjería²⁴⁰. En particular sobre la trata de mujeres y niñas, España cuenta con un Plan Integral que recoge medidas de prevención y protección dirigidas exclusivamente a las víctimas de trata con fines de explotación sexual²⁴¹. El Plan Integral tiene la virtualidad de reconocer explícitamente que este tipo de trata es una forma de violencia contra la mujer²⁴². Sin embargo, no deja de ser un documento programático, no sustantivo y no vinculante. Nuestro sistema de protección contra la trata ha recibido críticas por parte de la doctrina, las ONGs que intervienen en la materia e incluso por el Grupo de expertos del Convenio de Varsovia -GRETA- que señala la necesidad de mejorar el sistema de identificación de las víctimas, la capacitación de los agentes y la cooperación con las ONGs²⁴³. Los autores apuntan como aspectos que

²³⁸ Vid. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 115-116. Los datos están obtenidos del informe de 2011 del Centro de Inteligencia para el Crimen Organizado (CICO). Los medios de comunicación se han hecho eco de operaciones policiales de gran calado en este tema, tales como, la “Operación Nave” y la “Operación Acrópolis-Caronte”, que son ejemplos de que nuestro país es lugar de operaciones de las organizaciones internacionales dedicadas a la trata de seres humanos. En el marco de estas operaciones el Ministerio de Interior detectó a más de 7.000 prostitutas en riesgo de ser víctimas de trata. Véase: www.europapress.es; www.rtve.es (últimas consultas 14/04/2019). Una de las operaciones más recientes ha sido la desarticulación de una organización dedicada a la trata y explotación sexual de mujeres paraguayas en un club de Ribadesella (Asturias). Las víctimas captadas eran jóvenes con cargas familiares, problemas o situaciones violentas en su país de origen. Algunas de ellas tenían relación con las intermediadoras que usaban los lazos familiares para engañarlas y traerlas a España. Noticia disponible en: <http://www.rtve.es/temas/policia-nacional/1160/> (última consulta 14/04/2019).

²³⁹ Artículo 177 bis del Código Penal español introducido por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, (BOE núm. 152, 23 junio de 2010), reformado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

²⁴⁰ L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000), reformada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009). Esta norma es aplicable exclusivamente a las personas extranjeras, excluyendo a los nacionales miembros de la UE. Esta situación tuvo que ser remediada con la aprobación del RD 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley de extranjería y que extiende la aplicación de la ley a los nacionales de los países de la UE. (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

²⁴¹ Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018), Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en: <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/> (última consulta 14/04/2019). En febrero de 2019, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley presentada por el Grupo Socialista en la que se insta al Gobierno a aprobar una ley integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, a evaluar el Plan Integral (2015-2018) y a impulsar uno nuevo (núm. Expediente 162/000904).

²⁴² *Ibidem*, Cap. II.3, pp. 9 y ss.

²⁴³ GRETA (2013) 16 “Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain”, Estrasburgo, 2013, párrafo 164.

deben mejorarse, el nivel de exigencia de prueba para la identificación de las víctimas, el período de reflexión y restablecimiento –apenas se concede por razones personales–, el permiso de residencia y devolución, la denegación del asilo a las víctimas, y la detención y eventual enjuiciamiento y condena de las víctimas²⁴⁴. Machado Ruiz, en un estudio sobre nuestra normativa antitrata concluye que la limitada o nula efectividad práctica de las medidas adoptadas pone en tela de juicio si es realmente la asistencia y protección su fin o un mero pretexto para mantener una política represiva de la inmigración y de la prostitución. La autora señala que esta protección, cuando se da, además de supeditarse a la previa denuncia y posterior colaboración de la víctima, es ficticia y engañosa para sus destinatarias (las trabajadoras sexuales migrantes) porque se traduce en acoso y detención policial, incoación de un procedimiento sancionador con orden de expulsión, internamiento en un centro y deportación²⁴⁵. En opinión de Rueda Valdivia, que ha llevado a cabo un estudio comparado de los regímenes de protección de las víctimas de violencia de género y de las víctimas de trata en el Derecho español de extranjería, el legislador considera a las primeras como auténticas víctimas, protegiéndolas como tales, mientras que la protección de las segundas gira en torno a conseguir su colaboración con las autoridades en la persecución del delito de trata²⁴⁶.

En definitiva, nuestro disperso sistema normativo de protección contra la trata, además de las lagunas e incongruencias señaladas por la doctrina, no recoge la perspectiva de género, ni tiene en cuenta los factores que hacen a las mujeres y niñas más vulnerables a la trata, particularmente a la trata con fines de explotación sexual. Nuestra legislación no enfoca la trata de mujeres y niñas como una forma de violencia contra la mujer, apartándose en este punto de los estándares internacionales. El único instrumento que se ajusta a los parámetros citados –el Plan Integral contra la trata con fines de explotación sexual– es de carácter programático, sin fuerza obligatoria para los poderes públicos. Esto nos lleva a concluir que los mecanismos de protección previstos para las mujeres y niñas víctimas de trata en España no son suficientes y deben

²⁴⁴ Vid. MILANO, *Protección de las víctimas de trata...*, op. cit., pp. 42 y ss.

²⁴⁵ Vid. MACHADO RUIZ, op. cit., pp. 623y 628.

²⁴⁶ RUEDA VALDIVIA, R.: “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género” en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque multidisciplinar*, LARA AGUADO, Á. (Dir.), 2012, pp. 231- a 256, p. 255 y 256. Otro estudio sobre la protección jurídica internacional para las víctimas de la trata de explotación sexual y las debilidades del sistema de protección español que dificultan su estatuto de refugiada en: RUIZ SUTIL, C.: “La técnica legal del “hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, número 2, octubre de 2015, pp. 320 a 344.

mejorarse para dar una respuesta efectiva a sus necesidades específicas. Es preciso que nuestro ordenamiento jurídico incluya la trata como una forma de violencia de género, tal y como prescriben las normas internacionales que regulan la violencia contra la mujer, y que extienda a sus víctimas la protección prevista para este tipo de violencia como vía para solucionar las deficiencias e incongruencias del sistema español actual sobre la trata.

Así pues, como reflexión final, podemos decir que el grado de protección que ofrecen las normas internacionales que regulan la trata de mujeres y niñas es bastante limitado e incluso, a nuestro modo de ver, incongruente con los postulados de la DEVAW que considera la trata una forma de violencia contra la mujer. El enfoque predominantemente penalista que adoptan las normas convencionales que regulan la trata no satisface las necesidades de protección de la mayoría de sus víctimas: las mujeres y las niñas. Son normas de carácter no vinculante las que ponen el foco de atención en los derechos humanos que resultan lesionados con la trata y las que adoptan un enfoque de género que tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas a la trata. Aunque las normas internacionales que regulan la eliminación de la violencia contra la mujer incluyen la trata como una forma de violencia de género, tal consideración no se traslada a las normas internacionales específicas sobre la trata, que siguen acentuando el aspecto criminocéntrico en la solución de este problema.

CAPÍTULO V.- LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES ESPECIALMENTE VULNERABLES A LA VIOLENCIA.

El objetivo de este Capítulo es conocer el grado de protección que el Derecho Internacional otorga a ciertos colectivos de mujeres especialmente vulnerables a sufrir distintas formas de violencia contra la mujer. Aunque no incluimos la totalidad de los colectivos vulnerables porque excedería los límites de este trabajo, hemos decidido abordar aquellos que consideramos más relevantes, bien porque representan a un mayor número de mujeres, o bien porque sacan a la luz problemas complejos de la sociedad actual que aún están pendientes de encontrar una respuesta satisfactoria en el Derecho Internacional.

Según la DEVAW “algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia”¹. Esto significa que todas las formas de violencia contra la mujer son moldeadas por otros factores que pueden afectar a cada mujer en particular y que singulariza la forma de violencia que sufre. La existencia de factores que incrementan su vulnerabilidad a la violencia en todos los ámbitos en los que ésta se produce -la familia, la comunidad, el Estado o el ámbito transnacional- ha sido reconocida por los órganos surgidos de los tratados, los mecanismos especiales de protección de derechos humanos y la jurisprudencia internacional. Así, en el caso *Valentina Rosendo Cantú y otra Vs. México*, la Corte Interamericana de Derechos humanos formuló importantes consideraciones relacionadas con las múltiples formas de discriminación y violencia que puede sufrir una mujer indígena, al sumarse a su condición de mujer otras circunstancias, como la raza, etnia y posición económica². También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reflexionó sobre la intersección de las distintas formas de discriminación asociadas al sexo en el caso *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*, en el que afirmó que el dolor y humillación de las

¹ Vid. DEVAW, Preámbulo, párrafo 7. También la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW que actualiza la Recomendación número 19, reconoce que la violencia por razón de género puede afectar a algunas mujeres en distinta medida, dado que existen formas múltiples e interrelacionadas de discriminación que tienen un agravante efecto negativo. Vid. CEDAW/C/GC/35, cit. supra, párrafo 12.

² La Corte afirmó que, para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas, los Estados debían adoptar medidas de protección que tuviesen en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, y sus valores, usos y costumbres. Vid. Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 184. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación sexual y tortura en perjuicio de la señora Rosendo Cantú, así como la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos.

víctimas se vieron agravados por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las autoridades intervinientes en el caso, y por el repudio a su propia comunidad *tzeltal*³.

La edad y la *ruralidad*⁴, como circunstancias que tienen un efecto agravante negativo en las mujeres que sufren violencia de género, han sido objeto de atención específica por el Comité CEDAW. Así, en relación con la edad, el Comité en su Recomendación General sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos -en las que llega a hablar de feminización del envejecimiento por la mayor longevidad de las mujeres-, afirma que, aunque el hombre y la mujer pueden ser objeto de discriminación a medida que envejecen, las mujeres viven el envejecimiento de distinta forma -el efecto de las desigualdades de género a lo largo de la vida se agrava con la vejez- y sufren con frecuencia una discriminación de carácter multidimensional, al sumarse a la discriminación por motivo de edad otros factores discriminatorios como el género⁵. Esta discriminación da lugar a una distribución injusta de recursos, malos tratos, abandono y restricción de acceso a servicios básicos. En consecuencia, los Estados tienen la obligación, según el Comité, de aprobar leyes que prohíban la violencia, incluida la violencia doméstica, sexual e institucional contra las mujeres de edad⁶.

³ Vid. CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001, párrafos 85 a 95. Las hermanas Ana, Beatriz y Celia González Pérez, mujeres indígenas *Tzeltales* del Estado de Chiapas, México, fueron separadas de su madre y detenidas ilegalmente, violadas y torturadas por un grupo de soldados. Los delitos permanecieron en la impunidad debido a que los casos fueron reenviados a la jurisdicción militar.

⁴ El término *ruralidad* no está en el Diccionario de la Real Academia Española (DLE), aunque algunas publicaciones lo utilizan para referirse al conjunto de fenómenos sociales que se desarrollan en un entorno rural y que permiten construir identidad.

⁵ Vid. Comité CEDAW, Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, noviembre de 2008, párrafos 4 y ss. En esta Recomendación el Comité señala las múltiples formas de discriminación a la que se enfrentan las mujeres a medida que van envejeciendo y estudia la relación entre los artículos de la Convención y el envejecimiento. Según el Comité, se calcula que en 2050 el número de personas de edad ascenderá a más de 2.000 millones, o sea el 22% de la población mundial. El envejecimiento demográfico convertirá al siglo XXI en el siglo del envejecimiento.

⁶ Las mujeres de edad con frecuencia viven con ingresos y pensiones desproporcionadamente bajos o incluso inexistentes, y son especialmente vulnerables a la explotación y los abusos, en particular de tipo económico. Los estereotipos basados en el género y las prácticas tradicionales y consuetudinarias pueden tener efectos nocivos que se manifiestan en forma de abusos físicos, sexuales, psicológicos, verbales y económicos. Por otro lado, la discriminación de género en el empleo tiene un impacto acumulativo en la vejez, que obliga a las mujeres a vivir con ingresos y pensiones desproporcionadamente bajos, o incluso inexistentes. Dado que la cuantía de la pensión por vejez está estrechamente vinculada al salario percibido durante la vida activa, es frecuente que las mujeres de edad perciban una pensión más reducida que la de los hombres. Según el Comité, los Estados tienen la obligación de eliminar los estereotipos negativos y modificar los patrones de conducta sociales y culturales que son perjudiciales y dañinos para las mujeres de edad, a fin de reducir los abusos físicos, sexuales, psicológicos, verbales y económicos que experimentan dichas mujeres, especialmente las afectadas por discapacidad, a causa de estereotipos y prácticas culturales negativos. Vid. Recomendación General N° 27, párrafos 16, 20, 27, 36 y 37.

En relación con las mujeres rurales, el Comité CEDAW ha aprobado una Recomendación General para mejorar la protección de sus derechos humanos en aplicación del artículo 14 de la Convención CEDAW, único tratado que reconoce la situación especial de estas mujeres. El Comité afirma que las mujeres rurales siguen encontrándose con obstáculos sistemáticos y persistentes a la hora de disfrutar plenamente de sus derechos humanos, de tal manera que tienen limitado su acceso a los recursos y corren mayor riesgo de ser víctimas de la trata, trabajo forzoso, matrimonio infantil y forzado y otras prácticas nocivas⁷. También el Secretario General y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer han abordado los desafíos y las oportunidades que afrontan las mujeres y las niñas rurales para hacer efectivos sus derechos a una vida libre de violencia y prácticas nocivas⁸.

La pobreza, la detención y la encarcelación en centros penitenciarios son otros factores que incrementan la vulnerabilidad de las mujeres a sufrir cualquier forma de violencia. Las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer se han pronunciado sobre estas circunstancias en informes que, a juicio de los autores, tienen la novedad de identificar actos que hasta ese momento no eran percibidos como violencia que vulneran los derechos humanos de las mujeres⁹. Así, las Relatoras afirman que la política económica de los países repercute en gran medida en la violencia contra la mujer y que, incluso las políticas que se consideran neutrales en materia de género pueden tener como resultado violaciones de los derechos humanos y violencia, debido a que el desarrollo y el crecimiento económico a menudo pasan por alto la carga indebida que suponen para la mujer¹⁰. Para sacar a la luz los factores que impiden reconocer esta

Sobre la necesidad de establecer planes de pensiones no contributivas para proporcionar protección a todas las personas se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General número 6 de 1995 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, -párrafos 20 y 21- y en su Observación General número 19, de 2007, sobre el derecho a la seguridad social -párrafo 4b)-.

⁷ Comité CEDAW, Recomendación General N° 34 sobre los derechos de las mujeres rurales, 7 de marzo de 2016, CEDAW C/GC/34, párrafos 1 a 6.

⁸ Vid. E/CN.6/2018/3, 20 de diciembre de 2017, Informe del Secretario General, “Desafíos y oportunidades en el logro de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas rurales”, párrafo 32 y ss. Véase también Commission on the Status of Women, Sixty-second sesión, 12 – 23 March 2018, CSW62(2018), avance de las decisiones acordadas en: <http://www.unwomen.org/> (última consulta 10/04/2019).

⁹ Vid. MERINO SANCHO, *Mecanismos internacionales...* op.cit. p. 113.

¹⁰ E/CN.4/2000/68/Add. 5, 24 febrero 2000. Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer. Informe de la Sra. RADHIKA COOMARASWAMY. “La política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer”, párrafos 1 a 4. La Relatora cita como ejemplos de la repercusión de la política económica de los Estados en la violencia contra la mujer, la malnutrición y enfermedades prevenibles o las complicaciones durante el embarazo y el parto que causan la muerte, así como, el fomento de la inversión extranjera directa en la esfera de las manufacturas donde las mujeres son la principal mano de obra.

vinculación de la economía y la violencia, las Relatoras defienden un enfoque basado en la economía política, que apueste por la integración de todos los derechos humanos, los económicos, sociales, culturales, políticos y civiles, salvando las tensiones derivadas de la dicotomía de los grandes Pactos de Derechos Humanos que ha obstaculizado los esfuerzos dirigidos a transformar las condiciones que propician la desigualdad de género y la violencia contra la mujer.¹¹ Para las Relatoras existe un vínculo entre la violencia contra la mujer y algunos de los derechos económicos y sociales, en particular, el derecho a una vivienda adecuada, la propiedad, la herencia, la alimentación, el agua, la educación, la salud, el trabajo digno y la seguridad social¹². En definitiva, lo que sostienen las Relatoras es que la globalización económica, las transiciones a las economías de mercado, las zonas de libre comercio, la reconstrucción y consolidación de los Estados tras los conflictos armados y las crisis humanitarias, generan situaciones de desprotección de los derechos económicos y sociales de las mujeres que incrementan su vulnerabilidad al abuso y la explotación¹³.

¹¹ A/HRC/11/6, 18 de mayo de 2009. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, YAKIN ERTÜRK. “Economía política de los derechos de la mujer”, párrafos 21 a 40. El enfoque basado en la economía política consta de tres elementos estructurales. El primero, la división sexual del trabajo en las esferas pública y privada, basada en las ideologías de género “que sitúan a la mujer principalmente en el marco del trabajo doméstico no remunerado, y a menudo invisible y gratuito, lo que crea una desigualdad en cuanto al poder de negociación respectivo del hombre y de la mujer en el hogar”. El segundo, el clima macroeconómico mundial caracterizado por la competencia capitalista, las políticas neoliberales, y la reducida capacidad del Estado para regular y gravar el capital, que ha traído consigo la feminización de la pobreza, la marginación y la falta de mecanismos de protección, propiciando que la mujer sea una presa fácil para toda clase de abusos. Y el tercero está relacionado con las dimensiones de género en situaciones de conflicto armado y de paz, que entraña un retroceso de la situación de los derechos de la mujer.

¹² *Ibidem*, párrafos 41 a 66. La falta de vivienda adecuada puede desencadenar la violencia contra la mujer y viceversa. Entre las mujeres que están particularmente expuestas a este riesgo se incluyen las desplazadas internas y las refugiadas, las empleadas domésticas, las madres solteras pobres y las mujeres que han sido víctimas de la violencia en países que no cuentan con refugios seguros o con disponibilidad de viviendas económicas a largo plazo para las víctimas de abusos. En íntima relación con el derecho a vivienda digna, se encuentra el derecho a la propiedad, la tenencia de la tierra y la herencia. La desigualdad entre hombres y mujeres en materia de tenencia y control efectivo de la tierra es uno de los factores que contribuyen en mayor medida a incrementar la brecha económica y social entre ambos sexos en las economías agrarias de la mayoría de los países en desarrollo. El derecho a la alimentación -y a la seguridad alimentaria- se encuentra limitado por la dificultad de acceso y control a otros recursos productivos. Las mismas dificultades que afrontan las mujeres con respecto a la alimentación la sufren en relación con el agua potable. La facilidad de acceso al agua se ha asociado con el empoderamiento de las niñas y las mujeres y su protección contra la violencia.

La violencia determina el estado de salud de la mujer, ya que, entre otras cosas, afecta a su salud sexual y reproductiva y es la principal causa del VIH/SIDA. La carencia de educación puede ser un importante factor de marginación y aislamiento, tanto dentro como fuera del hogar, que conduce a una mayor vulnerabilidad frente los abusos. Y finalmente, el trabajo remunerado garantiza la subsistencia de la mujer y de su familia, le proporciona independencia, y evita la pobreza y situaciones potencialmente abusivas.

¹³ *Ibidem*, párrafo 67 y ss. Para facilitar la elaboración de estrategias que tengan en cuenta estas causas, la Relatora dicta una serie de directrices dirigidas a los gobiernos y a los agentes no estatales porque, en su

La violencia que sufren las mujeres detenidas, custodiadas por el Estado, constituye para las Relatoras una violación particularmente atroz de los derechos humanos de las mujeres ya que la responsabilidad del Estado es aún mayor si la persona está bajo su custodia. El ámbito del Estado es una de las esferas en la que se puede producir diferentes manifestaciones de violencia que aún en la actualidad quedan silenciadas. De ahí que Bodelón afirme que todavía no se ha visibilizado suficientemente que la violencia contra la mujer es una vulneración de los derechos de la que el Estado puede ser el autor -por acción u omisión- y de la que es responsable¹⁴. Según los informes de las Relatoras, el elemento que caracteriza la violencia contra las mujeres detenidas o custodiadas es la sexualización de la tortura -las formas de violencia que predominan son la violación y otras formas de violencia sexual- y por ello apelan a la aplicación de los principales tratados de derechos humanos, incluida la Convención contra la Tortura, como la base jurídica que fundamente el trato que deben recibir las personas sometidas a custodia del Estado¹⁵.

Respecto a la situación de vulnerabilidad de las mujeres encarceladas, que constituyen una minoría de la población carcelaria en su conjunto¹⁶, las Relatoras

opinión, “el Estado no es la única autoridad que ha de rendir cuentas de las violaciones de los derechos humanos de la mujer”. *Vid.* párrafo 85 y ss.

¹⁴ BODELÓN, E.: “Violencia institucional y violencia de género” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 131-155. *Vid.* A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer*, cit. supra, párrafos 139 a 142. Según el Estudio a fondo el Estado puede llevar a cabo actos de violencia física, sexual o psicológica contra la mujer no sólo a través de sus agentes, también a través de sus leyes y políticas públicas. A través de sus agentes puede perpetrar actos de violencia en la calle o en centros privativos de libertad. A través de sus leyes y políticas puede desarrollar violencia cuando impone o permite políticas que lesionan los derechos humanos de la mujer, por ejemplo, la esterilización forzosa para controlar el comportamiento reproductivo de la población femenina -práctica comprobada y condenada en los casos de mujeres y niñas romaníes en Europa o mujeres indígenas en Estados Unidos y Canadá-, el embarazo forzado, el aborto forzado o la custodia preventiva de las mujeres.

¹⁵ *Vid.* Informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer E/CN.4/1995/42, cit. supra, párrafo 248 y ss., y E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, Informe presentado por la Sra. RADHIKA COOMARASWAMY, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión, párrafos 115 y ss. Los abusos pueden consistir en molestias y humillaciones físicas o verbales, tortura sexual y física, detenciones ilegales prolongadas, privación de alimentos, sueño y agua, incluso “desapariciones” y asesinatos extrajudiciales por parte de las fuerzas de seguridad. Según la Relatora, se han denunciado “desapariciones” y asesinatos extrajudiciales por parte de las fuerzas de seguridad del Afganistán, el Brasil, Burundi, Camboya, el Chad, Chile, la India, el Líbano, Myanmar, Sri Lanka y Uganda. La promulgación de “leyes especiales” en algunos países ha provocado un aumento de los abusos con las mujeres detenidas. Cada vez con más frecuencia la policía se aprovecha de las leyes sobre la detención preventiva para asegurar su impunidad. La complicidad de la policía con los circuitos de prostitución y trata de todo el mundo también explica algunos casos de violencia durante la detención. La Relatora señala casos de violencia contra mujeres en custodia en: Albania, Bahrein, Bangladesh, Chad, Colombia, Kenya, Pakistán, Túnez y Turquía.

¹⁶ *Vid.* A/68/340, 21 de agosto de 2013, informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, “Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las

afirman que existe un fuerte vínculo entre la violencia contra la mujer y su encarcelación, antes, durante o después de ésta. Antes de su encarcelación porque existen causas específicas que llevan a las mujeres a su encarcelamiento y que tienen que ver con haber sufrido alguna forma de violencia contra la mujer¹⁷, durante su encarcelación porque prevalecen condiciones extremas, a menudo peores que las de los hombres, en las que la violencia está presente¹⁸, y tras la encarcelación porque los efectos de ésta se dejan notar en varios aspectos de la vida de las presas: su salud,

mujeres”. Según la Relatora, a escala global, las mujeres y las niñas constituyen una minoría de la población carcelaria en su conjunto, y se estima que representan entre el 2% y el 9% de la población total.

¹⁷ *Ibidem*, párrafos 5 a 31. Según la Relatora, las causas de su encarcelación suelen ser: A) Presencia de violencia. La presencia de violencia a menudo constituye un factor primordial en la experiencia de las mujeres encarceladas. Numerosos estudios realizados en los Estados Unidos de América muestran una clara correlación entre encarcelación y abuso anterior. B) Coerción. En algunos casos, las mujeres son encarceladas por actividades ilegales que realizan en respuesta a amenazas por parte de una pareja que las maltrata. C) Aborto. En países donde el aborto es ilegal o solo está permitido en determinadas circunstancias, las mujeres están sujetas a responsabilidad penal por someterse a abortos, incluso en casos de violación. D) Delitos morales. En algunos países, se encierra a mujeres por delitos “morales” como adulterio o relaciones sexuales extraconyugales (caso de Pakistán y Emiratos Árabes). E) Fuga del hogar. En algunos países se encierra a las mujeres por abandonar el hogar sin permiso (caso de Afganistán). F) Protección o rehabilitación. A veces, se mantiene a las mujeres en prisiones a fin de protegerlas de la violencia por razón de género, por ejemplo, para evitar que se conviertan en víctimas de los llamados crímenes “de honor” (caso de Afganistán y Camboya). G) Políticas antidroga. Actualmente, tanto las políticas antidroga nacionales como las internacionales son una de las causas principales de las crecientes tasas de encarcelación de mujeres en todo el mundo (caso de Argentina y Rusia). H) Actividades políticas. En muchos países, el activismo político de las mujeres ha provocado un incremento de los arrestos y las detenciones (caso de República del Irán). I) Prisión preventiva. Muchos países mantienen a mujeres en prisión preventiva durante períodos extremadamente prolongados, y el número de mujeres en esta situación es a menudo equivalente o mayor que el número de reclusas condenadas (caso de Escocia, Inglaterra, Gales). J) Detención de migrantes y refugiados. Los migrantes detenidos, normalmente por razones administrativas, son tradicionalmente solicitantes de asilo o inmigrantes irregulares que esperan una resolución para sus reclamaciones (Malta y Australia, cuentan con políticas de detención obligatoria para migrantes irregulares y refugiados).

¹⁸ *Ibidem*, párrafos 33 a 65. La Relatora sintetiza las condiciones del encarcelamiento de las mujeres en los siguientes puntos: A) Violencia. En todo el mundo las reclusas son vulnerables a numerosas manifestaciones de violencia. B) Violación de la privacidad. De forma rutinaria las mujeres que se encuentran en prisión son vigiladas o puestas bajo vigilancia, y se informa de los intentos por parte de guardias masculinos de observar a las mujeres en varios momentos de desnudez, como al desvestirse, bañarse, utilizar el baño y durante los exámenes médicos. C) Condiciones inapropiadas de salud e higiene. Muchas prisiones no ofrecen una atención física o mental adecuada a las reclusas y, de hecho, puede que dispensen menos atención sanitaria a las presas que a los presos. D) Hacinamiento, mala nutrición y falta de atención específica. El hacinamiento hace que los presos vivan en entornos que no cubren adecuadamente las necesidades de salud, comodidad, privacidad, saneamiento, nutrición y seguridad. E) Mujeres con hijos y mujeres embarazadas. El encarcelamiento de las madres afecta a un elevadísimo número de niños en todo el mundo. No existen unas normas universalmente acordadas para determinar qué circunstancias justifican que un niño viva en prisión, y hay variaciones considerables entre los países. F) Orientación sexual e identidad de género. Los derechos y necesidades de las personas LGBTI se violan en todo el mundo, puesto que numerosos sistemas penitenciarios las someten a una mayor discriminación y no les conceden los mismos niveles de atención sanitaria y protección frente a la violencia, la humillación, la intolerancia y el maltrato. G) Detención de inmigrantes y refugiados. La detención administrativa de los migrantes genera múltiples preocupaciones respecto a los derechos humanos, entre otras cosas por la falta de protección legal, la ausencia de límites de duración de la detención y las escasas posibilidades, si existen, de ser resarcidos en los tribunales. Las mujeres migrantes detenidas se encuentran en condiciones similares a las mujeres encarceladas, que incluyen violencia física y sexual, violaciones de la privacidad y una atención sanitaria inadecuada.

vivienda, empleo, estabilidad social y relaciones familiares, entre otros¹⁹. Las Relatoras apelan a la aplicación del principio de la debida diligencia para que los Estados adopten medidas de prevención, investigación, protección, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra la mujer que puedan sufrir las mujeres encarceladas²⁰. En este mismo sentido se pronuncian las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, Reglas de Bangkok, que por primera vez establecen normas específicas dirigidas a las mujeres reclusas y delincuentes. Las Reglas de Bangkok reconocen que la violencia contra la mujer tiene repercusiones concretas para las mujeres cuando éstas entran en contacto con el sistema de justicia penal, y que la violencia contra la mujer puede ser la causa de su implicación en delitos penales y su posterior encarcelamiento²¹. La jurisprudencia internacional, por su parte, también se ha pronunciado sobre la situación de las mujeres encarceladas cuando ha tenido ocasión de examinar determinados procedimientos que se llevan a cabo en entornos carcelarios, calificándolos como violencia sexual constitutiva de una forma de tortura. Así, en el caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que “los actos de violencia sexual a la que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura”. También consideró que el hecho de haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual. A juicio de la Corte, estas mujeres “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”²².

¹⁹ La Relatora echa en falta programas de rehabilitación y reinserción para reclusas y una mayor protección de la unidad familiar. *Ibidem*, párrafos 66 a 80.

²⁰ *Ibidem*, párrafos 81 a 86.

²¹ A/RES/65/229, 16 de marzo de 2011, Resolución de la Asamblea General que aprueba las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), párrafo 9. El documento presenta reglas globales para el tratamiento de las reclusas y las mujeres delincuentes, abordando cuestiones como la victimización previa y sus vínculos con el encarcelamiento; las alternativas al encarcelamiento; la atención de la salud física y mental; la seguridad; el contacto con los familiares; la capacitación del personal; las mujeres embarazadas y madres con hijos en prisión; y la rehabilitación y reinserción de los presos, entre otras. Las Reglas de Bangkok complementan a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas mínimas) y a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

²² Caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrafos 303 a 312. Entre el 6 y 9 de mayo de 1992 el Estado peruano llevó a cabo un operativo denominado “Mudanza 1” cuya presunta finalidad era el traslado de aproximadamente 90 mujeres reclusas en el centro penal Miguel Castro Castro a centros penitenciarios femeninos. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la utilización excesiva de la fuerza que resultó en la

1.- LAS MUJERES MIGRANTES, REFUGIADAS, DESPLAZADAS Y APÁTRIDAS.

En la regulación del fenómeno de la migración, el refugio y los desplazamientos forzosos confluyen normas del Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde todos estos ámbitos se da respuesta a situaciones complejas en las que están inmersas mayoritariamente las mujeres. Así, casi la mitad de los migrantes internacionales en todo el mundo son mujeres y niños, hasta el punto de que se habla de la “femenización de la migración”²³, y, según los datos de ACNUR, el 49% de las personas refugiadas son mujeres y el 51% son menores de edad²⁴. Las mujeres –y la población en general– se desplazan forzosamente no sólo a causa de los conflictos armados, sino también por las hambrunas, las catástrofes naturales o las violaciones masivas de los derechos humanos²⁵. Para algunos autores, el siglo XXI –al igual que ocurrió con el siglo XX caracterizado como “el siglo de los refugiados”²⁶– viene marcado por el

muerte de decenas de presos, así como de numerosos heridos en el marco del operativo en el centro penitenciario Miguel Castro Castro.

²³ Vid. Resolución de la Asamblea General, A/RES/72/149, 17 de enero de 2018 “Violencia contra las trabajadoras migratorias” y Documento de ONU-Mujeres “Mujeres refugiadas y migrantes”. Según ONU Mujeres, las mujeres representan casi la mitad de los 244 millones de migrantes. Datos disponibles en: <http://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-refugees-and-migrants> (última consulta 14/04/2019).

²⁴ Según los informes de ACNUR, en la actualidad se contabilizan 65,6 millones de personas desplazados forzosos en el mundo, 20 personas cada minuto. De esta cifra total, 22,5 millones de personas se contabilizan como refugiadas, la cifra más alta registrada hasta la fecha. Las personas desplazadas internas alcanzaron a finales de 2016 los 40,3 millones de personas, y el número de personas apátridas se situaba en 10 millones de personas. Los solicitantes de asilo, por su parte, se cifraron en 2,8 millones de personas. Este elevado número de desplazados se debe mayormente al conflicto en Siria, y a otras situaciones conflictivas que acaecen en Afganistán, Sudán del Sur, Somalia, Sudán, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Myanmar, Eritrea y Burundi, principales zonas de origen de desplazados forzosos. Vid. ACNUR, Informe de Tendencias Globales 2016, pp. 9 y 54, disponible en: <https://www.acnur.org/es-es/stats/globaltrends/5ab1316b4/tendencias-globales-desplazamiento-forzado-en-2016.html?query=Informe%20de%20Tendencias%20Globales%202016>. (última consulta 14/04/2019). Sirva como ejemplo de la vulnerabilidad de los menores a estas situaciones, la desaparición de unos 10.000 niños en Europa desde que comenzó el fenómeno de los refugiados sirios, y la existencia de mafias de tráfico de menores –cada vez más eficaces– en Hungría, Alemania, Italia y Suecia, según las recientes declaraciones de Brian Donald, responsable de Europol. Estas redes de tráfico de menores acaban forzando a las niñas, principalmente, a la prostitución o al trabajo en régimen de esclavitud. Noticia aparecida 31/01/2016, disponible en <http://www.europapress.es/> (última consulta 14/04/2019).

²⁵ Entre los grandes conflictos que han generado desplazamientos masivos de la población podemos citar los siguientes: la guerra del Golfo, el conflicto de los Grandes Lagos, Somalia; Chechenia, los Balcanes, Afganistán o el más reciente de Siria, que en la actualidad es constante foco de atención internacional por la gravedad de su crisis.

Para profundizar en el origen y desarrollo de estas crisis, véase en la página oficial de ACNUR: <http://www.acnur.org/iraq/>; http://acnur.es/portada/slider_destacados/img/PDF_181215150331.pdf; <http://www.acnur.org/publicaciones-SRM/cap84.php> (últimas consultas 14/04/2019).

²⁶ Hannah Arendt fue una figura representativa del siglo XX que reflexionó sobre la situación de los que denominaba los “excluidos del derecho”. La autora defendía un “derecho a los derechos”, un “derecho a

“desplazamiento del mundo”, ya que el fenómeno de los refugiados se ha convertido en un “rasgo estructural del mundo globalizado”²⁷.

En 2008, Louise Arbour afirmaba que la globalización y la migración, que en principio pueden aumentar la capacidad de control de las mujeres sobre su propia vida a través de la información, el empleo y cierta capacidad económica, presentan inconvenientes alarmantes, ya que los cambios sociales que desencadenan estos fenómenos tienden a producir nuevas formas de violencia contra la mujer, o bien a agravar las existentes, incluida la trata a escala mundial²⁸. Las palabras de la anterior Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la actualidad Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Migraciones Internacionales²⁹, conservan en la actualidad toda su vigencia porque, aunque es cierto que la migración ofrece nuevas oportunidades a las mujeres y puede ser un medio para su independencia económica, no es menos cierto que también puede poner en peligro sus derechos humanos y su integridad. Así pues, tanto la migración como los desplazamientos forzados constituyen procesos que producen o incrementan el riesgo de las mujeres de sufrir atentados contra su integridad física y moral en razón de su género.

La especial vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a las distintas formas de violencia está presente en todas las etapas de los procesos de migración y de huida en busca de refugio, desde su inicio, tránsito, integración en la sociedad de acogida y retorno al país de origen. Así, las mujeres antes de abandonar su país de origen e iniciar el proceso migratorio, se enfrentan con innumerables dificultades que vulneran sus derechos humanos, como, por ejemplo, la prohibición o restricción de su derecho a

pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, a la Humanidad”, que tendría que ser garantizado por la misma Humanidad, a fin de que los derechos humanos no se convirtieran en una abstracción carente de vigencia cuando las personas no pudiesen esgrimir la pertenencia a una comunidad política o hubiesen sido desposeídos de ésta. ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Ensayistas-122, *Serie Maior*, Versión Española de Guillermo Solana, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 1974, 1998, pp. 242- 252. Sobre la autora, véase: MATE, R.: “Hannah Arendt y los Derechos Humanos” en *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742 marzo-abril 2010, pp. 241-243.

²⁷ RAMÓN CHORNET, C.: “Los refugiados del nuevo siglo” en *Los retos humanitarios del siglo XX*, Consuelo Ramón Chornet (Ed.), PUV Universitat de València, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 187-204, pp. 188-189. La profesora Ramón Chornet apunta como aspectos novedosos a la hora de abordar el problema de los refugiados en la actualidad, los siguientes: los desplazamientos masivos como consecuencia de las llamadas “nuevas guerras”; los desplazamientos internos que no trascienden fronteras estatales; los denominados “refugiados en órbita”; y los “refugiados medioambientales o ecológicos” que huyen de hambrunas, inundaciones, terremotos, epidemias o sequías. *Ibídem*, p. 189.

²⁸ Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos, *Violencia contra la mujer...*, cit. *supra*.

²⁹ LOUISE ARBOUR fue nombrada Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Migraciones Internacionales el 9 de marzo de 2017. <https://www.un.org/sg/es/content/other-high-level-appointments> (última consulta 14/04/2019).

emigrar o la necesidad de recabar la autorización de familiares varones para obtener un pasaporte³⁰. En esta etapa inicial, las mujeres migrantes pueden ser víctimas de trata o de otras formas de violencia de género. La vinculación de la trata con la migración es un hecho que no discute la doctrina ni los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas³¹. Gallagher afirma que la falta de seguridad humana y las grandes desigualdades dentro y entre los países siguen siendo las principales razones por las cuales las personas toman la decisión de una migración peligrosa y recuerda que la trata se ha descrito como “el lado oscuro de la migración”. Por ello, para la autora, hasta que no se hagan esfuerzos para enfrentar las causas de la migración forzada, la trata no desaparecerá³². En la etapa de tránsito, las mujeres y las niñas migrantes corren un riesgo especial de sufrir toda clase de violencia, en particular violencia sexual. Según el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la situación de las migrantes en tránsito en materia de derechos humanos es precaria, incluso peligrosa, y la respuesta del Derecho Internacional insuficiente ya que en la actualidad existe una laguna en materia de protección de estas personas. En particular, las necesidades de salud específicas de las mujeres, sobre todo las relacionadas con sus derechos a la salud sexual y

³⁰ Comité CEDAW, Recomendación General número 26, 2008, cit. supra, párrafos 8 y 10. Entre los factores que influyen en la migración de las mujeres, el Comité señala: “el deseo de buscar nuevas oportunidades, la pobreza, el desequilibrio de ciertas prácticas culturales y la violencia por motivo de género en los países de origen, los desastres naturales o las guerras y los conflictos armados internos influyen en la migración de la mujer. Entre esos factores figura además la exacerbación de la división del trabajo basada en el género en los sectores estructurado y no estructurado de la industria y los servicios en los países de destino, así como una cultura del esparcimiento centrada en los hombres, que genera una demanda de mujeres como proveedoras de esparcimiento”.

³¹ Las Resoluciones de la Asamblea General sobre la trata de mujeres y niñas y las del Consejo de Derechos Humanos relativas a la cuestión de la trata subrayan la relación de la trata con los movimientos migratorios. *Vid.* A/HRC/RES/29/2, 22 de julio de 2015, Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes: migrantes en tránsito y Resolución 29/12 sobre los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos. El Secretario General de Naciones Unidas afirma que cada vez hay más pruebas de esta vinculación. Explica el Secretario General que casi todas las personas tratadas comienzan como migrantes buscando trabajo. Las restricciones que imponen las leyes de inmigración de los países receptores propician que los migrantes busquen a alguien que se encargue de ayudarlos, resultando que en muchas ocasiones estas personas son tratantes que se aprovechan de la situación de necesidad de los migrantes para someterlos a diferentes formas de explotación: trabajo forzado, esclavitud o servidumbre. *Vid.* A/71/223, Informe del Secretario General, cit. supra, párrafo 26 y 56. La Relatora sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, por su parte, identifica las mismas causas en la trata y la migración forzada: la falta de derechos de la mujer. A su juicio, cuando los gobiernos no protegen ni promueven los derechos de las mujeres crean situaciones propicias para que prospere la trata. Del mismo modo, las políticas de inmigración inflexibles y restrictivas de los Estados alimentan la trata. *Vid.* E/CN.4/2000/68, cit. supra, párrafos 54 a 67.

³² *Vid.* GALLAGHER, op. cit., p. 12. Un estudio sobre la vulnerabilidad y la precariedad que enfrentan las mujeres migrantes en: ANGULO-PASEL, C.: “Navigating Risks Across Borders: The Lived Experiences of Central American Women Migrants”, *Theses and Dissertations* (Comprehensive), 2018. Disponible en: <http://scholars.wlu.ca/etd/2019>

reproductiva, quedan desatendidas³³. Durante su empleo e integración en la sociedad de acogida, las migrantes, especialmente las que trabajan en el sector no estructurado de la economía y en las labores de menor cualificación, son vulnerables a los abusos y la explotación³⁴. Y, finalmente a su llegada y reintegración al país de origen, las mujeres pueden verse sometidas a pruebas obligatorias del VIH/SIDA, o incluso a “rehabilitación” moral en el caso de migrantes jóvenes³⁵.

El proceso en busca de refugio también está marcado por distintas manifestaciones de violencia contra la mujer. Por ejemplo, las agresiones sexuales y la violación sistemática en tiempos de conflicto armado o las prácticas tradicionales nocivas se convierten en muchos casos en la razón que empuja a las mujeres a huir a otros países cuando las autoridades de su país de origen no cumplen la obligación de protegerlas de esta violencia. Una vez que deciden huir, se enfrentan a riesgos y retos particulares en razón de su género durante todas las fases del éxodo. Así, por ejemplo, en su huída son especialmente vulnerables a los ataques sexuales o a la trata, y durante su estancia en los campamentos pueden sufrir violencia sexual, prostitución forzada, problemas de acceso a servicios básicos o pueden ver incrementado el riesgo a sufrir violencia doméstica³⁶. Algunos estudios efectuados sobre el terreno, como el llevado a cabo sobre las mujeres refugiadas somalíes en los campamentos de Dadaab en Kenia, denuncian esta violencia contra las mujeres refugiadas y muestran las vulnerabilidades intrínsecas derivadas de su exclusión de la ciudadanía. El estudio de los campamentos keniatas demuestra que, aunque estos se concibieron en un principio como un refugio temporal seguro, con el paso del tiempo y su permanencia se convierten en un lugar propicio para la violencia de género. Por ello, el estudio concluye que la integridad de las mujeres refugiadas es precaria cuando se altera su relación como ciudadanas con el

³³ Vid. A/HRC/31/35, 27 de enero de 2016, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Situación de los migrantes en tránsito”, párrafos 3 y 63. En la misma línea, la Resolución del Consejo de Derechos Humanos 29/2, cit. supra, párrafo 4. El Comité CEDAW también ha advertido del riesgo de las mujeres migrantes a los abusos sexuales o físicos por parte de los agentes y acompañantes cuando viajan por países de tránsito. Vid. Recomendación General número 26, párrafo 12 y 25 b), cit. supra. Las mujeres migrantes con pocos recursos suelen ser utilizadas por los traficantes como señuelo en los cruces fronterizos para facilitar el paso de otros migrantes. Vid. ANGULO-PASEL, C.: “Complex migration: A woman’s transit journey through Mexico” documento de trabajo, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, febrero de 2015, p. 15. Citado en A/HRC/31/35, párrafo 15, cit. supra.

³⁴ Vid. Comité CEDAW, Recomendación General número 26, cit. supra, párrafo 13 y ss.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 11.

³⁶ Vid. Informes de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias: E/CN.4/1995/42, cit. supra, párrafo 293 y ss., y E/CN.4/1998/54, cit. supra, párrafo 160 y ss. Véase también: OJINAGA RUIZ, M.R.: “Mujeres, paz y seguridad en la Unión Europea”, Cuadernos *Cantabria Europa*, nº 9, 2010, pp. 10-48, p. 22.

Estado y que las mujeres refugiadas ven restringidos sus derechos sociales, económicos y políticos en los llamados “refugios seguros”³⁷.

La Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes aprobada por la Asamblea General en 2016 reconoce esta especial vulnerabilidad que sufren las mujeres y las niñas, afectadas por la discriminación, explotación, abuso sexual, malos tratos físicos y psicológicos, violencia, trata y formas contemporáneas de esclavitud. Para paliar su situación, los Estados se comprometen a aplicar un enfoque integral que incorpore la perspectiva de género para los refugiados y en las políticas de migración. También se comprometen al fortalecimiento de las leyes, las instituciones y los programas nacionales para combatir la violencia por razón de género, incluida la trata y la discriminación contra las mujeres y las niñas migrantes³⁸. Entre los compromisos adquiridos que inciden en la situación de las mujeres refugiadas figuran: el reparto equitativo de la carga y la responsabilidad de acoger refugiados teniendo en cuenta las diferentes capacidades y recursos de los Estados, la aceleración de los procedimientos de admisión, la reducción de los casos de apatridia, la seguridad de los campamentos contemplados como una medida excepcional ante las emergencias, la garantía de acceso

³⁷ MOHAMED ABDI, A.: “Refugees, Gender-based Violence and Resistance: A Case Study of Somali Refugee Women in Kenya” en “Women, Migration and Citizenship”, Ed. Ashgate, GB, febrero 2013, pp. 231-258. Afirma esta autora: “Refugee camps designated and theorized as temporary emergency shelters often turn into long-term “living environments”. Also what refugee women first considered as a safe haven turns for many into “a site of gendered violence”... Women’s integrity remains precarious both at home in times of crisis, when the relation between citizens and state is disrupted and in the so-called safe haven where all social, economic, and political rights are curtailed.” *Ibidem*, pp. 246-247.

³⁸ Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016, párrafos 41 a 63, Anexo II “Hacia un Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular”. La Declaración de Nueva York es el primer paso para la aprobación de un Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular, cuyas líneas generales se contemplan en el Anexo de la propia Declaración. A propósito del futuro Pacto Mundial sobre la Migración, la entidad ONU-Mujeres tiene elaboradas unas Recomendaciones para que se contemplen los derechos humanos de las mujeres y se incluyan medidas encaminadas a la eliminación de la violencia por razón de género y la discriminación contra la mujer en todas las etapas migratorias, en los países de origen, tránsito y destino. Entre esos compromisos podemos citar: la protección frente a los riesgos específicos de la explotación, el abuso o la violencia sexual o por razón de género (párrafo 3.8), la concesión de la condición de residente independiente para las mujeres que sufren o corren el peligro de sufrir violencia de género u otras formas de violencia por parte de un empleador, cónyuge, pareja, miembro de la familia u otro agente (párrafo 3.9), medidas que garanticen el derecho de las mujeres a una vida libre de cualquier forma de violencia (párrafo 3.16), el acceso a servicios de salud con perspectiva de género y atención especializada a personas supervivientes de la violencia sexual (párrafo 4.2), la puesta en marcha de servicios confidenciales de prevención y protección frente a la violencia de género (párrafo 4.4), el acceso a servicios seguros y confidenciales de presentación de denuncias para las migrantes que sufren vulneraciones de sus derechos humanos, en especial de las víctimas de la violencia sexual u otras formas de violencia (párrafo 4.7), la protección efectiva de los derechos laborales de las trabajadoras domésticas migrantes, en especial frente al acoso y la violencia (párrafo 5.2), la regularización, autorización y supervisión de las agencias de contratación y empleo, los agentes y los intermediarios para poner freno, entre otras cosas, a la violencia, abuso, intimidación o el control de los trabajadores (párrafo 5.10). *Vid.* UN WOMEN, Recomendaciones para abordar los derechos humanos de las mujeres en el Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular, Resultado de la reunión de expertos celebrada en Ginebra, noviembre de 2016.

a servicios de salud básicos para las mujeres y las niñas, y la apertura de los mercados laborales de los países de acogida³⁹. Este documento nos parece relevante por varios motivos: porque adopta un enfoque integral de derechos humanos y de género a dos realidades complejas, que crean confusión y controversia llegando a poner en cuestión los valores fundamentales que se ha dado la propia comunidad internacional basados en la dignidad humana; porque incorpora un compromiso claro y expreso con la eliminación de la violencia de género que afecta al proceso migratorio mediante el fortalecimiento de las leyes; y porque suple algunas lagunas y deficiencias del Derecho Internacional en esta materia. Los compromisos que adquieren los Estados, no obstante, no tienen fuerza jurídica vinculante, lo que resta efectividad a su cumplimiento. Si bien, podemos apreciar cierto atisbo de control de estos compromisos con la rendición de cuentas que incluye el documento, que contempla medidas de seguimiento y control mediante evaluaciones periódicas por parte de la Asamblea General, reuniones de alto nivel sobre aspectos concretos y el informe anual del ACNUR⁴⁰.

Al margen de la Declaración de Nueva York que acabamos de citar y que refuerza sin duda la protección de la integridad de las mujeres migrantes, la regulación del fenómeno migratorio en el Derecho Internacional está recogida en dos normas convencionales que se ocupan, por un lado, de castigar su tráfico ilegal, y, por otro lado, de proteger a los trabajadores migratorios y sus familiares. Ambos tratados, sin embargo, carecen de un enfoque de género sobre la materia, lo que ha tenido que ser suplido por instrumentos aprobados por los órganos de derechos humanos, todos ellos de naturaleza no obligatoria para los Estados.

El llamado *smuggling of migrants* o tráfico ilegal de inmigrantes aparece regulado, al igual que ocurre con la trata, en un Protocolo complementario de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y con el mismo enfoque punitivo con el que se regula aquella⁴¹. Y es que, a menudo, la trata se solapa con el tráfico ilícito de inmigrantes, aunque ambos fenómenos, según la UNODC, son realidades diferentes por tres elementos: a) el consentimiento, b) la explotación y c) la transnacionalidad. En el caso del tráfico ilícito, los inmigrantes consienten el tráfico que termina con la llegada de los migrantes a su destino y dicho tráfico siempre es

³⁹ *Ibidem*, párrafos 64 a 87 y Anexo I.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafos 88 a 90.

⁴¹ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000, Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Ratificado por España 21 de febrero 2002 (BOE n° 295, de 10 de diciembre de 2003). El Protocolo ha sido ratificado por 141 Estados.

transnacional. En el caso de la trata, las víctimas no han prestado su consentimiento, o lo han hecho bajo coacción, engaño o abuso, la explotación es persistente y la conducta explotadora tiene lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado⁴². Para los autores, en cambio, la diferente respuesta jurídica a la trata y al tráfico ilegal de inmigrantes en el Derecho Internacional les hace pensar que los conceptos se han pergeñado como opuestos para poder justificar las políticas restrictivas en materia de inmigración que conducen a la exclusión de la ciudadanía y de la residencia legal en países del primer mundo a los inmigrantes del tercer y cuarto mundo⁴³. De la Cuesta sostiene que el modelo internacional en vigor produce solapamientos y lagunas que generan confusión⁴⁴.

Conforme al artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, éste consiste en “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Por tanto, al igual que ocurre con la trata y su regulación en el Protocolo de Palermo, el tratado únicamente penaliza el tráfico ilegal de inmigrantes si cumple los requisitos exigidos en la Convención: la transnacionalidad y la pertenencia a una organización criminal, excluyendo el tráfico que escapa a estos parámetros, por ejemplo, el que puedan protagonizar particulares que no están organizados en una banda criminal. La principal obligación que adquieren los Estados con el Protocolo es la tipificación como delito de los actos que hacen posible este tráfico ilegal y las actividades que habiliten a una persona a permanecer en un país del que no es nacional o residente sin cumplir los requisitos legales⁴⁵. Los migrantes, sin embargo, conforme al artículo 5 del Protocolo, no pueden estar sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguna de estas conductas. A parte de este principio protector, el tratado ofrece escasas medidas de tutela de los derechos de las víctimas del tráfico ilegal, más allá de las genéricas encaminadas a preservar y proteger su derecho a la vida

⁴² Vid. UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Programa Mundial contra la trata de personas, 2007, Nueva York, p. xiv. En el mismo sentido Villacampa afirma que en el caso del tráfico ilegal de inmigrantes se produce un tránsito transfronterizo de las personas con incumplimiento de las normas de extranjería vigentes en el territorio al que pretenden acceder, sin que a la víctima le venga impuesto este proceso, quien mantiene el dominio del hecho sobre el traslado. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., pp. 40-41.

⁴³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., p. 46.

⁴⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, op.cit., pp. 60-74.

⁴⁵ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, cit. supra, artículo 6.

y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a protegerles de toda violencia⁴⁶. El Protocolo no repara en las necesidades específicas de las víctimas que sean mujeres y niños, aunque las menciona en su artículo 16 para que sean tenidas en cuenta a la hora de aplicar las medidas de protección y asistencia. La alusión, pues, a las mujeres y niñas es genérica sin que se llegue a precisar el tipo de necesidades que requieren las mujeres y niñas víctimas de este tráfico. Podemos decir, por consiguiente, que las disposiciones del Protocolo nos confirman la visión predominantemente penalista de este problema, la ausencia de un enfoque amplio de derechos humanos -hay escasas medidas de protección y de prevención del tráfico- y la falta de una perspectiva de género que tenga en cuenta las necesidades de las mujeres migrantes y las causas de su decisión de migrar que, como hemos dicho, en muchos casos provienen de haber sido víctimas de alguna forma de violencia de género. En definitiva, la protección que dispensa el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes a las mujeres víctimas de este tráfico es incluso menor que la que ofrece el Protocolo de Palermo a las víctimas de trata.

La protección de los derechos de los trabajadores migratorios está contemplada en la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 1990, que pretende armonizar las actitudes de los Estados en relación con la migración mediante la aceptación de unos principios básicos relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios⁴⁷. La Convención –no ratificada por España- surgió para suplir las lagunas e insuficiencias de los tratados e instrumentos de derechos humanos en la protección de los derechos de estos trabajadores y para eliminar la práctica frecuente de emplear a trabajadores no documentados, o en situación irregular, en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores⁴⁸. Para Bonet Pérez, el tratado supuso un punto de inflexión al afianzar una política normativa dirigida a profundizar en la progresiva equiparación de

⁴⁶ *Ibidem*, artículo 16.

⁴⁷ Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, 18 diciembre 1990. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158. *Vid.* Preámbulo, párrafo 9. Forman parte de la Convención 54 Estados, en su mayoría países en desarrollo que coinciden con los países de origen de estos movimientos migratorios España no ha firmado ni ratificado esta Convención, ni tampoco lo ha hecho ningún Estado miembro de la Unión Europea.

Las dificultades en la elaboración de la Convención fueron reflejo de la dicotomía de intereses entre los Estados receptores -Estados occidentales más desarrollados- y los Estados de origen de los trabajadores -Estados en vías de desarrollo-. El espíritu conciliatorio entre los derechos de los trabajadores migratorios y el derecho del Estado de fijar su propia política migratoria late a lo largo de todo el texto de la Convención.

⁴⁸ *Ibidem*, Preámbulo, párrafos 11, 14 y 15.

los derechos y libertades de los extranjeros con los nacionales. Sin embargo, a pesar del indiscutible avance que representa el texto, la Convención genera una cierta sensación de fracaso por el escaso número de Estados que han aceptado ser Partes de ella –en la actualidad 54 Estados, ninguno de ellos miembros de la Unión Europea–, lo que evidencia que particularmente los Estados de acogida de importantes flujos migratorios no asumen la Convención como guía de su ordenamiento jurídico interno⁴⁹. Estos países conciben el fenómeno migratorio más como un problema que pone en riesgo el propio bienestar de sus sociedades que como una cuestión de derechos humanos que requiere protección internacional.

El objetivo primordial de la Convención es, pues, la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios⁵⁰ y sus familiares, cualquiera que sea su situación, regular o irregular, si bien, a efectos del régimen jurídico aplicable, otorga a los primeros –trabajadores documentados– más derechos que los que se reconocen a los que se encuentran en situación irregular –no documentados–⁵¹. En definitiva, el texto pretende la adopción de un estándar mínimo universal en relación con todos los trabajadores migratorios, estén o no documentados. Una de las disposiciones claves del

⁴⁹ BONET PÉREZ, J.: “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 309-349, p. 347 y ss. Para el autor, la Convención persigue 3 objetivos fundamentales: la adopción de un estándar mínimo universal en relación con los trabajadores migratorios; la adopción de un régimen jurídico internacional específico dirigido a tutelar los derechos de un grupo especialmente desprotegido; y la compatibilización de la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares con el derecho del Estado a establecer su propia política migratoria. Sobre el mismo tema véase también: VILLÁN DURÁN, *Los Derechos Humanos y la inmigración...* op. cit., pp. 15 y ss.

⁵⁰ Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios..., cit. supra, artículos 2, 3 y 4. Trabajador migratorio, a tenor del artículo 2, se refiere a: “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. La Convención incluye en la definición diferentes categorías de trabajadores –trabajador fronterizo, trabajador de temporada, marino, trabajador en una estructura marina, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto y trabajador por cuenta propia– y excluye otras como, por ejemplo, las personas enviadas por organizaciones internacionales o los refugiados y apátridas. Por otro lado, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo.

⁵¹ *Ibidem*, artículo 5. En la Parte III de la Convención se regulan los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, se encuentren en situación regular o irregular. Entre ellos: el derecho a la vida (artículo 9), el derecho a la integridad física y mental (artículo 10), el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados u obligatorios (artículo 11), etc. En la Parte IV se regulan los derechos de los trabajadores migratorios en situación regular o documentados, que gozarán, además de los derechos reconocidos en la Parte III, del derecho a la libertad de movimiento y residencia (artículo 39), el derecho a establecer asociaciones y sindicatos (artículo 40) y el derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 41). Finalmente, en este Capítulo se regulan los compromisos de los Estados en relación con la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas hacia los trabajadores y sus familiares articuladas fundamentalmente a través de la consulta, colaboración y cooperación entre Estados.

tratado es, a nuestro juicio, la relativa a la obligación de los Estados de proteger de forma efectiva a todos los trabajadores migratorios de cualquier tipo de violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares⁵². Es importante la plasmación de este derecho porque pone de manifiesto la perspectiva de derechos humanos que adopta el texto. La protección, además, ha de ser “efectiva” e implica, como ha recordado el Comité surgido del tratado -el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares-⁵³, la prevención, investigación, castigo, protección y reparación por dichos actos⁵⁴.

Sin embargo, la Convención no adopta un enfoque de género, no repara en la situación de especial vulnerabilidad en la que se pueden encontrar las trabajadoras migratorias, ya sean documentadas o no documentadas⁵⁵. Esta importante laguna ha sido suplida por los órganos principales de Naciones Unidas, en particular por la Asamblea General en su Resolución 72/149 de 2018, y por los mecanismos de derechos humanos que sí han reparado en la especial vulnerabilidad de las trabajadoras migratorias y sus riesgos a sufrir violencia de género en todas sus formas. Así, la Resolución 72/149 de la Asamblea General sobre violencia contra las trabajadoras migratorias señala la profunda preocupación por las continuas denuncias de graves abusos y actos de violencia cometidos contra las mujeres y niñas migrantes, y las dificultades especiales que pueden encontrar estas trabajadoras para acceder a la justicia⁵⁶. La Asamblea hace hincapié en la adopción de medidas de protección,

⁵² Esta obligación se traduce en el derecho de todos los trabajadores migratorios cualquiera que sea su situación -regular o irregular- a la protección frente a estos tipos de actos. *Ibidem*, artículo 16.2.

⁵³ En virtud del artículo 72 de la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, el tratado cuenta con un órgano de control de su cumplimiento, el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, con funciones y características similares a las de otros tratados de derechos humanos. Sus competencias se extienden al examen de los informes periódicos estatales, las comunicaciones interestatales y las comunicaciones o quejas individuales. *Ibidem*, artículo 72.

⁵⁴ CMW/C/GC/2, 28 agosto 2013, Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, Observación General nº 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, párrafo 21. El Comité afirma que los Estados deben aprobar y aplicar una legislación que prohíba los actos violentos contra los trabajadores migratorios; investigar con eficacia los casos de malos tratos y violencia; procesar y castigar con penas adecuadas a los responsables de esos actos; proporcionar una reparación adecuada a las víctimas y a sus familiares; proporcionar a los funcionarios públicos formación en materia de derechos humanos; y vigilar de manera efectiva el comportamiento de los funcionarios del Estado, así como, reglamentar el de las personas físicas y entidades privadas, a fin de prevenir actos violentos.

⁵⁵ El texto hace referencia en cambio, al principio de no discriminación por motivos de sexo, principio que se convierte en piedra angular del texto y que se proclama a lo largo de su articulado. Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios..., cit. supra, artículos 1 y 7.

⁵⁶ A/RES/72/149, 17 de enero de 2018, Resolución de la Asamblea General sobre violencia contra las trabajadoras migratorias, Preámbulo. La Resolución hace referencia a los abusos que sufren las

prevención, sanción y cooperación, así como, en el abordaje de las causas estructurales y subyacentes de esta violencia que hunde sus raíces en la desigualdad histórica y estructural que ha caracterizado las relaciones de poder entre el hombre y la mujer⁵⁷. El Comité CEDAW, por su parte, en la Recomendación General número 26 saca a la luz tres categorías de trabajadoras migratorias expuestas en particular al abuso sexual, a la violencia física y a la discriminación: las que migran en forma independiente, las que se reúnen con sus maridos u otros familiares que también son trabajadores, y las indocumentadas⁵⁸. El Comité afirma que la desigualdad de género afecta a estas trabajadoras en las oportunidades de empleo –generalmente se limitan al desempeño de funciones tradicionalmente aceptadas como “de mujeres”, esto es, el cuidado del hogar, el servicio doméstico o el sector no estructurado, que en muchos países no están configuradas como un trabajo formal en el sentido jurídico-; en sus derechos laborales - pueden percibir remuneraciones inferiores a las de los hombres, no cobrar su sueldo o sufrir demoras en su pago-; en su salud - ya sea porque carecen de acceso a los servicios de salud o por no estar amparadas por seguros médicos-; y en el acceso a la justicia que puede verse limitado para reclamar contra las normas laborales discriminatorias o la violencia sexual o por motivos de género⁵⁹.

En particular sobre las trabajadoras domésticas, tanto el Comité CEDAW como el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares señalan que éstas son particularmente vulnerables a los maltratos físicos y sexuales, la privación de alimentos y del sueño y la crueldad de sus empleadores. Situaciones que se ven exacerbadas cuando las trabajadoras se encuentran indocumentadas o en situación irregular⁶⁰. El régimen jurídico de su protección adolece

trabajadoras migratorias, incluidos actos de violencia por razón de género, violencia sexual, violencia doméstica, asesinatos de mujeres y niñas por razones de género, incluidos feminicidios, actos de racismo y xenofobia, discriminación, prácticas laborales abusivas, condiciones de explotación en el trabajo y trata de personas, incluidos los tratados o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud.

⁵⁷ *Ibidem*, puntos 7, 11, 13, 18, 27 y 28.

⁵⁸ *Vid.* Recomendación General número 26 del Comité CEDAW sobre las trabajadoras migratorias, cit. supra, párrafo 4.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafos 13 a 19.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafos 20 a 22. Véase también, CMW/C/GC/1, 23 de febrero de 2011, Observación General nº 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios del Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, párrafos 1, 5 y ss. El Comité afirma que el trabajo doméstico es una ocupación que en algunos países representa el 10% del empleo total y que la inmensa mayoría de estos trabajadores son mujeres. A juicio del Comité, las trabajadoras domésticas migrantes corren un riesgo mayor de sufrir determinadas formas de explotación y maltrato que se extienden a lo largo de todo el ciclo de migración: en el momento de la contratación, en la fase previa a la partida, en los países de tránsito, a su llegada, durante el empleo y a su regreso. Este riesgo deriva de las propias características en las que se desarrolla su trabajo en las que predomina el aislamiento y la dependencia. Además, se

de lagunas legales y lagunas en la práctica. Las legales apuntan a la falta de reconocimiento de las trabajadoras domésticas como "trabajadores con derecho a protección laboral". En la práctica, las características en las que se desarrolla el trabajo doméstico de las migrantes facilitan la invisibilidad de los abusos y de sus necesidades de protección⁶¹. Las recomendaciones del Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares van dirigidas a la aplicación de una perspectiva de género para comprender los problemas específicos de las mujeres migrantes y prever recursos contra la discriminación basada en el género a lo largo de todo el proceso de migración⁶². Recordemos que en el seno de la OIT se aprobó en 2011 el Convenio C189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que reconoce, pese a su neutralidad en cuanto al género, que este tipo de trabajos lo realizan principalmente las mujeres y niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas y están expuestas a graves abusos. Este Convenio -no ratificado por España- adolece de la misma debilidad que la Convención sobre la protección de los trabajadores migratorios en cuanto a su ratificación por un escasísimo número de Estados.

Lo mismo que afirma el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares sobre las trabajadoras domésticas lo reitera para las trabajadoras en situación irregular, otro colectivo que corre un elevado riesgo de sufrir malos tratos y violencia sexual y que acapara a un gran número de mujeres

enfrentan a otros riesgos por el hecho de ser mujeres, como, por ejemplo, la violencia de género. Estos riesgos se agravan en el caso de que estas mujeres se encuentren en situación irregular.

⁶¹ *Vid.* CMW/C/GC/1, Observación General núm. 1, cit. supra, párrafo 19 y ss. El Comité afirma que "la idea tradicional que se tiene del trabajo doméstico como tareas asociadas con el trabajo no remunerado en el hogar realizado por mujeres y niñas", así como de los trabajadores domésticos como personas que "ayudan a las familias", suele ser un obstáculo para que se amplíe el campo de aplicación efectivo de la legislación laboral nacional para incluir el trabajo doméstico, además, en algunos países, con arreglo a las leyes relativas al permiso de trabajo, las mujeres migrantes, incluidas las trabajadoras domésticas, pierden su permiso cuando quedan embarazadas o se les detecta el VIH. Con bastante frecuencia, las trabajadoras migratorias son obligadas a someterse a un reconocimiento médico para comprobar su estado de salud sexual y reproductiva sin su consentimiento previo y sin la debida orientación.

⁶² *Ibidem*, párrafos 28 a 66, en particular párrafos 60 y 61. Según el Comité, los Estados deben tener en cuenta las indicaciones señaladas por el Comité CEDAW en sus Recomendaciones Generales, así como, la prevalencia universal de la violencia de género y la feminización de la pobreza y la migración laboral en todo el mundo. Los Estados deben derogar las prohibiciones basadas en el sexo y suprimir las restricciones discriminatorias impuestas a la migración de las mujeres por motivos de edad, estado civil, embarazo o maternidad, deben revocar disposiciones relativas al VIH que resulten discriminatorias, en particular los que privan de visados de trabajo a los seropositivos, y deben velar para que no se obligue a las trabajadoras domésticas migratorias a someterse a reconocimientos médicos, incluidas las pruebas de embarazo y de infección por el VIH, sin su consentimiento informado previo.

migrantes⁶³. El Comité reclama medidas específicas de protección para estas mujeres contra la explotación laboral y medidas dirigidas a las que están privadas de libertad⁶⁴. En particular sobre la situación de éstas últimas, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes pone especial acento en la protección de su salud y derechos reproductivos, así como, en la protección frente a la violencia y abusos sexuales que pueden sufrir en los centros de detención. Sostiene el Relator, que las mujeres, lo mismo que los niños, las víctimas de trata, las víctimas de tortura, las personas de edad no acompañadas, las personas con discapacidad física o psíquica y las personas que viven con el VIH/SIDA, son categorías vulnerables de migrantes a las que la privación de libertad puede resultar particularmente perjudicial, y por ello, a su juicio, se les debe aplicar el principio establecido en las directrices del ACNUR respecto de los solicitantes de asilo pertenecientes a categorías vulnerables, consistente en estudiar alternativas a su detención administrativa⁶⁵.

⁶³ Vid. CMW/C/GC/2, Observación General nº 2, cit. supra, párrafos 1 a 5. El Comité afirma que las trabajadoras migratorias en situación irregular corren un mayor riesgo de ser objeto de malos tratos y de otras formas de violencia -violencia sexual, palizas, amenazas, abusos psicológicos y denegación del acceso a atención médica- tanto por parte de agentes privados -los empleadores- como de funcionarios del Estado. Las fuentes internacionales calculan que entre el 10% y el 15% de los migrantes se encuentran en situación irregular en todo el mundo. Vid. OIT “Migración internacional. Un enfoque basado en los derechos”, 20 febrero 2013, p. 32 de la versión en inglés. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_173386/lang-es/index.htm (última consulta 15/04/2019).

⁶⁴ Para asegurar la protección contra la explotación laboral, en concreto contra el trabajo forzoso u obligatorio y el trabajo infantil, el Comité señala que los Estados deben impartir formación a los agentes del orden y velar por que las ocupaciones en que predominan las trabajadoras migratorias, como el servicio doméstico y algunos tipos de espectáculos, estén protegidos por la legislación laboral y sujetos a inspecciones. En relación con las trabajadoras migrantes privadas de libertad, el Comité afirma que los Estados deben tomar medidas como la separación de hombres y mujeres en los centros de privación de libertad o la puesta en marcha de servicios de atención de la salud orientados específicamente a la mujer y sus necesidades. Insiste el Comité, a lo largo del texto, en la atención especial que se debe prestar a la salud prenatal y posnatal, a la salud reproductiva y a la atención obstétrica de urgencia que se debe prestar a las mujeres migratorias en situación irregular. *Ibidem*, párrafos 60 a 72.

⁶⁵ A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, FRANÇOIS CRÉPEAU, párrafo 25 y ss. El Relator denuncia en el informe que no todos los centros de detención ofrecen servicios de atención a la salud reproductiva a las mujeres, especialmente de las mujeres embarazadas, y pone de manifiesto la violencia -violencia y abusos sexuales- de la que son objeto los migrantes privados de libertad, tanto hombres como mujeres y niños. Según el informe, las mujeres pueden ser víctimas de actos de violencia sexual cometidos por los internos o por los guardias. A su juicio, a las mujeres se le deben aplicar las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (las Reglas de Bangkok). Las víctimas de trata pueden infringir leyes y reglamentos de inmigración pero deben ser reconocidas como víctimas y no como responsables de los actos de sus tratantes, apelando a la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas y de los informes de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que consideran que las víctimas de la trata no deben ser detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino. Insiste el Relator en la búsqueda de alternativas a la detención administrativa de migrantes y a que los Estados tengan presente las circunstancias de las personas particularmente vulnerables.

Así pues, los textos convencionales que regulan la protección de los derechos de los migrantes -Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y Convención para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares- no reparan en las necesidades específicas de protección que requieren las mujeres migrantes. Estas lagunas han tenido que ser suplidas por los órganos de derechos humanos que a través de normas no vinculantes han recomendado a los Estados la adopción de medidas que pongan su atención en la especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes frente a diferentes formas de violencia de género. A nuestro juicio, el foco de atención internacional en el problema de la migración sigue puesto en la acción penal para luchar contra su tráfico ilegal más que en la protección de los derechos de los migrantes. El desamparo internacional de los migrantes en general se agrava en el caso de las mujeres, cuyas necesidades de protección pasan prácticamente desapercibidas. Es preciso, pues, seguir ahondando en el desarrollo del Derecho Internacional para que deje de ser neutral al género y contemple de manera integral y eficiente, a través de instrumentos vinculantes, la protección de la integridad de las mujeres que se han visto en la necesidad de abandonar sus hogares, en muchos casos para librarse de la discriminación o de alguna forma de violencia de género tolerada en sus países de origen.

En cuanto a la protección internacional de los refugiados se encuentra recogida, como es sabido, en la Convención de Ginebra relativa al estatuto de los refugiados y su Protocolo Adicional⁶⁶. La doctrina y los órganos y mecanismos de derechos humanos achacan a la Convención de Ginebra que no tenga en cuenta los aspectos singulares de las experiencias de las mujeres en su condición de refugiadas. Así, los autores se han hecho eco de la necesidad de visibilizar las experiencias de persecución de las mujeres

⁶⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la Asamblea General en la resolución 429 (V), 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor el 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor el 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII. Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606, p. 267. Número total de Estados Partes de la Convención de 1951: 145. Número total de Estados Partes del Protocolo de 1967: 146. Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978 (BOE núm. 252, de 21 octubre de 1978. Corrección de errores en BOE núm. 272, de 14 de noviembre). En 1921 Fridtjof Nansen fue nombrado primer Alto Comisionado para los Refugiados de la Sociedad de Naciones, en cuyo seno se adoptaron la Convención de 1933 relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados y la Convención de 1938 relativa al Estatuto de los Refugiados procedentes de Alemania. Datos disponibles en web oficial del ACNUR: www.acnur.org

por motivos de género, al objeto de que se les pueda aplicar la protección internacional, alegando que los cinco motivos de persecución que contempla la Convención han sido interpretados con un sesgo androcéntrico que ha dificultado la inclusión de las experiencias de persecución de las mujeres en dichas categorías. Ramón Chornet señala el acceso de las mujeres y niños a la condición de refugiados, como uno de los ámbitos prioritarios en los que es necesario que se actúe⁶⁷. Fernández Sánchez añade que es necesario profundizar en un desarrollo específico que proteja más y mejor a las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo, favoreciendo la interpretación de que aquellas mujeres que se enfrentan a prácticas contrarias a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, tratos crueles e inhumanos, puedan ser consideradas como grupo social determinado en el sentido otorgado por el artículo 1.A de la Convención⁶⁸. El Comité CEDAW, por su parte, defiende la complementariedad de los regímenes jurídicos que establece la Convención CEDAW, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados⁶⁹, y la actual Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, ha convertido esta materia en una de las prioridades de su mandato⁷⁰. A pesar de la labor en este sentido, la falta de una respuesta integral en la protección de las mujeres y niñas en la que se reconozcan sus problemas específicos y riesgos sigue siendo en la actualidad un reto pendiente del Derecho Internacional.

⁶⁷ Para esta autora es preciso alcanzar una mayor concreción en cuestiones como la prioridad del carácter civil del refugiado, la necesidad de instrumentos que establezcan la responsabilidad jurídica de quienes obligan a las personas a huir y buscar refugio y el establecimiento de un nuevo principio de solidaridad internacional en el tema de los refugiados. Otros campos de acción prioritarios son, a su juicio, la cooperación internacional para distribuir equitativamente la responsabilidad y cargas de la acogida de los refugiados y la concreción de los mecanismos de protección temporal y protección subsidiaria ante la creciente necesidad de atender a los “nuevos refugiados”, en particular, a los desplazamientos masivos que no entran en la definición estricta de refugiado recogida en la Convención. Vid. RAMÓN CHORNET, op. cit. pp. 201-204.

⁶⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados” en *El Derecho Internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados, y otros migrantes involuntarios*, CAMPS MIRABET, N. (Coord.), 2005, pp. 59-70, p. 64. Las prácticas a las que hace referencia el autor son: la ablación del clítoris, los matrimonios impuestos, la utilización de determinadas exigencias estéticas, la lapidación o la violencia doméstica. Jiménez Sánchez, por su parte, opina que es necesario que el Derecho Internacional de los refugiados incida en las situaciones específicas que provocan los flujos de huida en la actualidad. Para la autora, la violencia de género, la orientación sexual o el hambre son exclusiones que hoy resultan inadmisibles. Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: “El *gender mainstreaming* en el ciclo del conflicto armado: una perspectiva ius-internacionalista”, Tesis doctoral, UMA, octubre 2013, p. 304.

⁶⁹ Vid. CEDAW/C/GC/32, Recomendación General núm. 32, párrafos 9 a 11. El objetivo de la Recomendación es orientar a los Estados sobre las medidas que deben adoptar para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo, en relación con el estatuto de refugiado, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres, tanto en tiempos de paz, como en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional, y en situaciones de ocupación.

⁷⁰ Vid. A/HRC/32/42, cit. supra, párrafos 61 a 66.

Conforme al artículo 1 A2) de la Convención de Ginebra -en su redacción dada por el Protocolo que eliminaba los límites temporales y geográficos inicialmente establecidos en el tratado-, el término refugiado se aplica a “toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”⁷¹. Remiro Bretons señala dos rasgos básicos que caracterizan el refugio: una ruptura en la relación de confianza, protección y asistencia que une a los individuos con los gobiernos del país de la nacionalidad o de la residencia habitual, y un cruce de la frontera en busca de protección en el territorio de otro Estado⁷². Además de estas notas características, en la condición de refugiado están presentes dos elementos: el subjetivo, referido al sentimiento de temor, y el objetivo basado en la situación o hecho específico que fundamenta ese temor. La dificultad para apreciar el elemento subjetivo puede acarrear errores en el estudio de la solicitud de refugio y muchos de estos errores, como se ha señalado, parten de la falta de comprensión de la realidad del país de origen del solicitante⁷³. Esta apreciación es interesante en el caso de las mujeres que solicitan refugio por temor a sufrir violencia de género en su país de origen, pues implica la valoración de las solicitudes teniendo en cuenta la realidad jurídica-social del país de procedencia en relación con la discriminación contra las mujeres⁷⁴.

⁷¹ Quedan excluidos de esta definición, las personas respecto de las que existan motivos fundados de haber cometido los delitos previstos en apartado F del artículo 1: delitos graves comunes, delitos contra la paz, delitos de guerra, delitos contra la humanidad o hechos culpables contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas. Junto al refugio, el Derecho Internacional ha conocido históricamente la figura del asilo que responde a lo previsto en el artículo 14.1 de la DUDH: “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.” El asilo se configura como el derecho que ampara a toda persona que sufre persecución por comisión de delitos políticos, pero no se establece la obligación correlativa de los Estados de aceptar al solicitante de asilo, tal y como ha sido declarado por la Asamblea General en su Resolución de 1967 sobre Asilo Territorial. A diferencia de la figura del refugio, el asilo lo concede el Estado en ejercicio de su soberanía conforme a sus propias disposiciones internas, tratándose de una concesión graciable. *Vid.* Resolución 2312 (XXII), 14 de diciembre de 1967, Declaración sobre el Asilo Territorial.

⁷² REMIRO BROTONS, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público. Formación de normas y obligaciones internacionales*, Murcia 1981.

⁷³ LARREÁTEGUI BENAVIDES, P.A.: “Refugio, nacionalidad y las trabas ocultas en el sistema humanitario”, Ed. Abya-Yala, Quito-Ecuador, octubre 2011, p. 39. El autor resalta la complejidad de la valoración del temor fundado pues contempla un aspecto subjetivo -un sentimiento de temor- y otro objetivo -la situación o hecho específico en el que se fundamenta el temor.

⁷⁴ Los datos referidos a solicitudes de asilo y refugio en Europa y España indican que la mayoría de las solicitudes son planteadas por hombres y que el mayor porcentaje de solicitudes aprobadas corresponden a estos. En Europa los hombres representan casi dos terceras partes de las personas solicitantes de asilo.

La medida nuclear de la protección internacional de los refugiados reside en la prohibición de su expulsión y devolución al país del que huyen. Este principio de *non-refoulement* contemplado en el artículo 33 de la Convención es la máxima garantía de protección de los derechos de los refugiados, junto con la obligación de los Estados de dispensarles el mismo trato en general que otorgue a los extranjeros⁷⁵. Esta misma garantía aparece en el PIDCP y en la Convención contra la Tortura con respecto a los solicitantes de asilo o refugio que vean amenazada su vida o su derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁷⁶. En cambio, el principio de no devolución no aparece mencionado de forma explícita en la Convención CEDAW, que no aborda los problemas de las refugiadas. Ha sido su Comité el que ha establecido la obligación de los Estados de garantizar que ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, su integridad física, su libertad y su seguridad personal se vean amenazadas o corra el riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género⁷⁷. De esta forma ha respondido el Comité CEDAW a las objeciones puestas por los Estados Partes de la Convención sobre su falta de competencia para tratar los casos de solicitudes presentadas por mujeres que temían sufrir violencia por razón de su sexo o género en caso de ser devueltas a sus países de origen y fueron rechazadas por el Estado receptor⁷⁸.

En España, en 2014, el número de hombres solicitantes de protección internacional fue de 4.029 y el número de mujeres de 1.923 (el 67,68% frente al 32,32%); y el número de hombres al que se reconoció la condición de refugiado y se concedió el derecho de asilo fue de 215 frente a las 169 mujeres que recibieron ese derecho. *Vid.* EIGE, European Institute for Gender Equality: “Beijing+20: la Plataforma de Acción y la Unión Europea Esfera E: La mujer y los conflictos armados”, p. 3, Disponible en: http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/e_mh0415022esn.pdf (última consulta 15/04/2019) y datos del Ministerio del Interior, Dirección General de Política Interior Subdirección General de Asilo (Oficina de Asilo y Refugio), “Asilo en cifras 2014”, Madrid, septiembre 2015. Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/extranjeria-y-asilo/asilo-en-cifras> (última consulta 15/04/2019).

⁷⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, cit. supra, artículos 7 y 33.

⁷⁶ *Vid.* PIDCP, artículos 6 y 7; Convención contra la Tortura, artículo 3.

⁷⁷ *Vid.* Comité CEDAW, Recomendación General núm. 32, cit. supra, párrafos 22 y 23. El Comité afirma que, en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de no devolución y de abstenerse de devolver a una persona a una jurisdicción en la que podría sufrir violaciones graves de sus derechos humanos. Además, continúa diciendo el Comité, el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas o malos tratos, se encuentra recogido de forma implícita en la Convención. Así, conforme al artículo 2d) de la Convención, los Estados se comprometen a abstenerse de incurrir en todo acto de discriminación contra la mujer, lo que incluye la obligación de proteger a las mujeres de la exposición a un peligro real, personal y previsible de formas graves de discriminación contra la mujer, incluida la violencia basada en el género, independientemente de si esas consecuencias tuvieran lugar fuera de los límites territoriales del Estado emisor.

⁷⁸ *Vid.* Comunicación núm. 33/2011, *M.N.N. c. Dinamarca* adoptada por el Comité CEDAW el 15 de julio de 2013, párrs. 8.5 y siguientes.

La Convención de Ginebra no incluye el género ni el sexo entre los cinco motivos de persecución -raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas- para la concesión del estatuto de refugiado⁷⁹. De nuevo la labor de los órganos de derechos humanos y la jurisprudencia han sido decisivas para paliar estas lagunas del Derecho Internacional y dar respuesta al temor de las mujeres de sufrir determinadas formas de violencia dirigidas contra ellas por su condición de mujeres, por ejemplo, la mutilación genital femenina, el asesinato por motivos de honor y el matrimonio precoz o forzado. En el ámbito de los tribunales de justicia nacionales se inició la demanda de una protección internacional por temor a ser objeto de agresiones basadas en el sexo o género. Así, en el *caso Acosta*⁸⁰, que derivó en la llamada doctrina *Acosta*, los tribunales americanos abordaron por primera vez la definición de lo que se debía entender por “grupo social determinado” a los efectos de incluir la violencia contra la mujer como causa de temor fundado constitutivo de persecución para la concesión de la condición de refugiada⁸¹. El tribunal, en el referido caso, apreciando que un elemento constante en todas las causas de persecución establecidas en la Convención de Ginebra era el compartimiento de una característica inmutable e innata, común a todos los miembros del grupo, decidió incluir el sexo como una de esas características inmutables e innatas de las que participan las mujeres. Este planteamiento, no obstante, no fue seguido en otras decisiones posteriores, la más representativa la del *caso INS v. Sánchez Trujillo*⁸², en el que el tribunal definió el “grupo social determinado” basándose fundamentalmente en la asociación voluntaria de sus miembros por algún interés común. Un criterio, este último, en opinión de Salinas de Frías, especialmente perjudicial en el caso de la violencia contra la mujer y en concreto en los supuestos de mutilación genital femenina⁸³. Lo que es apreciable, y así

⁷⁹ PETER PENZ sostiene que la Convención de Ginebra excluyó otras formas de persecución que dividió en tres tipos: la deportación por dominación física, las amenazas y las lesiones. Penz amplió el marco de la vulnerabilidad y generó un debate sobre los alcances de la protección de la Convención. Citado por LARREÁTEGUI BENAVIDES, op. cit., pp. 38-39.

⁸⁰ Vid. *Matter of Acosta*, Int. Dec. 2986 (BIA 1985), marzo de 1985, párrafo 31.

⁸¹ Un análisis extenso del desarrollo jurisprudencial y normativo en SALINAS DE FRÍAS, A.: “La mutilación genital femenina (MGF) en el marco de la violencia contra la mujer” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14/2º Semestre, 2009, pp. 59 a 91.

⁸² Vid. *INS v. Sánchez Trujillo*, 620 F. Supp. 1361 (1985), octubre 1985.

⁸³ Vid. SALINAS DE FRÍAS, *La mutilación genital femenina...* op. cit., p. 71. La autora afirma que la evolución jurisprudencial de los tribunales americanos no sólo ha sido oscilante, sino que ha distinguido de forma peligrosa entre las solicitantes de asilo temerosas de ser “circuncidadas” de las que ya han sido “operadas”, entendiéndose que el segundo caso no es motivo de causa de persecución amparada en la Convención porque no pueden volver a sufrir una mutilación. Un razonamiento que, a juicio de la autora, además de falso, no tiene en cuenta los daños permanentes que genera la mutilación genital en la mujer que la sufre y que, en consecuencia, deben considerarse persistentes.

lo ha señalado la doctrina, es un desarrollo de una jurisprudencia sensible a cuestiones de género en diferentes países, y en la jurisprudencia de ciertos tribunales internacionales, especialmente en el caso de los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda⁸⁴. Miguel Juan ha realizado un análisis del tratamiento dado por los tribunales de Estados Unidos y de España a las solicitudes de refugio basadas en diferentes tipos de violencia sufrida por las mujeres. En este estudio afirma que, respecto a la violación, ambas jurisdicciones han reconocido que constituye persecución si es llevada a cabo por un agente estatal. La mutilación genital femenina es reconocida como persecución pese a su naturaleza privada y no gubernamental. La trata de mujeres para explotación sexual no se ha considerado persecución sino una conducta criminal y se ha denegado el asilo y refugio por dicha circunstancia. El matrimonio forzoso se ha reconocido como persecución subsumido en el motivo de pertenencia a grupo social, al igual que la violencia machista en pareja. La esterilización forzosa se ha reconocido como persecución tanto por pertenencia a determinado grupo social como por motivos políticos⁸⁵. Siguiendo estos criterios jurisprudenciales protectores de la mujer frente a temores fundados de persecución en base a su género, algunos países como Canadá, Australia, Reino Unido o Suecia han adoptado Guías y Directrices para orientar la labor de los agentes encargados de abordar las solicitudes de asilo de los refugiados⁸⁶.

De esta interpretación sensible al género se hizo eco el ACNUR -el mecanismo institucional creado por Naciones Unidas en 1950 para la protección de los refugiados⁸⁷-

⁸⁴ Vid. SALINAS DE FRÍAS *La mutilación genital femenina...* op. cit., p.74.

⁸⁵ MIGUEL JUAN, C.: “Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas”, tesis doctoral, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Valencia, 2014.

⁸⁶ Canadá fue el primer país que aprobó una guía o directrices en mayo de 1993, denominadas “Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution” en las que introdujo el género en los procesos de concesión del estatuto de refugiado. Un análisis de las directrices canadienses en WALLACE R.M., MARTÍN ORTEGA, O.: “La perspectiva de género en los procesos de concesión del estatuto de refugiada en Derecho Internacional” en *Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, núm. 11, 2004, pp. 89-96.

⁸⁷ La Asamblea General constituyó en 1950 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para ayudar a los miles de refugiados desplazados al término de la Segunda Guerra Mundial y hacer frente a las limitaciones que ofrecían los instrumentos y mecanismos jurídicos aprobados en el seno de las Naciones Unidas que regulaban el Estatuto de los Refugiados. Vid. Resolución Asamblea General 319 (IV), Refugiados y apátridas, 3 diciembre 1949; Resolución 428 (V), de 14 diciembre de 1950 que aprueba el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

La organización predecesora del ACNUR fue la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), creada en 1946 y que asumió las funciones de la organización denominada Administración de Ayuda y Rehabilitación de las Naciones Unidas. Sobre los antecedentes y la historia del ACNUR, véase: ACNUR *Revista Refugiados*, Núm. 111, 2001. Disponible en: <http://www.acnur.org/revistas/111>
Exclusivamente para los refugiados de Palestina, la Asamblea General de Naciones Unidas constituyó la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA) mediante

cuyo Comité Ejecutivo, desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, ha ido adoptando un importante número de Conclusiones, que intentan paliar esa falta de perspectiva de género que muestran los instrumentos jurídicos internacionales⁸⁸. Estas Conclusiones han sido reforzadas con la adopción de diferentes Guías, Directrices y Manuales que inciden en el tema. Entre ellas destacamos las Directrices número 1 de 2002 sobre la persecución por motivos de género y las Directrices número 2 del mismo año sobre la pertenencia a un determinado grupo social⁸⁹. Estos documentos, aunque carecen de fuerza vinculante para los Estados, son la expresión de la posición que mantiene el máximo organismo de Naciones Unidas en esta materia, y tienen el valor de servir de orientación a la actuación de los Estados. En opinión de Wallace y Martín Ortega, las Directrices y Guías del ACNUR buscan asegurar que la Convención sobre los Refugiados, en particular, y el Derecho Internacional de los refugiados, en general, dejen de ser neutrales para ser inclusivos en lo relativo al género, garantizando que no se deniegue el estatuto de refugiado a algunos solicitantes por el simple hecho de que su persecución se deba a cuestiones de género; teniendo en cuenta que, esa interpretación con perspectiva de género no diluye la aplicación de la Convención de los Refugiados - el solicitante debe probar el nexo causal entre su temor fundado y los motivos de la Convención-, que se mantiene dentro de sus parámetros y no supone infracción de la misma⁹⁰.

En las Directrices número 1 sobre la persecución por motivos de género, el ACNUR entiende que, aunque la definición de refugiado no hace referencia directa al

Resolución 302 (IV) de 8 de diciembre de 1949. La UNRWA se creó para permanecer activa tres años, sin embargo, ante la falta de solución del problema de los refugiados palestinos, la Asamblea ha venido renovando su mandato periódicamente.

⁸⁸ Vid. Conclusiones Núm. 39 (XXXVI) “Las mujeres refugiadas y la protección internacional” 1985; Núm. 54 (XXXIX) “Mujeres refugiadas” 1988; Núm. 60 (XL) “Mujeres refugiadas” 1989; Núm. 64 (XLI) “Las mujeres refugiadas y la protección internacional” 1990; la Núm. 73 (XLIV) “Protección de las refugiadas y violencia sexual” 1993. Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, 1975-2000, Tomo IV. Disponibles en http://www.acnur.es/PDF/3065_20120402174630.pdf

⁸⁹ HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, Directrices nº 1 sobre la persecución por motivos de género, y HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002, Directrices nº 2 sobre la pertenencia a un determinado grupo social. Las Directrices de 2002 han sido completadas por: HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, Directrices sobre Protección Internacional nº. 7 en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata; HCR/GIP/12/09 de 23 de octubre de 2012, Directrices nº. 9 sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género; HCR/GIP/15/11, 24 de junio de 2015, Directrices nº. 11 *Prima facie* Recognition of Refugee Status; y HCR/GIP/16/12, 2 de diciembre de 2016, Directrices nº. 12 sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia. Sobre las Directrices de 2002, véase: ELIZONDO, D.: “La protección internacional de los refugiados: retos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados en las crisis humanitarias actuales” en *El Derecho Internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, CAMPS MIRABET, N. (Coord.), Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 2005, pp.85-108.

⁹⁰ Vid. WALLACE., MARTÍN ORTEGA, op. cit. p. 96.

género, la Convención, debidamente interpretada, abarca las solicitudes por motivos de género y, por consiguiente, no es necesario agregar un nuevo motivo a la Convención⁹¹. Pero, la “persecución por motivos de género”, afirman las Directrices, no tiene un sentido legal *per se*, y las solicitudes fundamentadas en esos motivos pueden ser presentadas tanto por hombres como por mujeres. No obstante, las Directrices reconocen que son las mujeres las que sufren diferentes formas de persecución en función de su sexo, en particular las derivadas de ciertos actos y prácticas que constituyen violencia contra la mujer, tales como, la violación, la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina o la trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzada⁹². Dichas formas de persecución pueden provenir tanto de agentes estatales como no estatales, lo que implica que algunos actos de violencia contra la mujer perpetrados por particulares se pueden equiparar a persecución si las autoridades los toleran o se niegan a proporcionar una protección eficaz frente a ellos⁹³. Este reconocimiento explícito es importante porque supone la ruptura de la dicotomía público/privado que ha representado un vacío importante en la protección internacional de la integridad de la mujer⁹⁴. Las Directrices afirman que cuando el riesgo de persecución proviene de un agente no estatal -por ejemplo, el cónyuge- por razones fundadas en algún motivo de la Convención, existe el nexo causal exigido por la Convención. Y, del mismo modo, existe ese nexo cuando el riesgo de ser perseguida por un agente no estatal no está relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad o renuencia del Estado de dar protección está relacionada con un motivo de la Convención⁹⁵. Salinas de Frías sostiene que las Directrices aportan cierta luz a la hora de determinar uno de los elementos más controvertidos, como es, el nexo causal,

⁹¹ Directrices nº 1 sobre la persecución por motivos de género, cit. supra, párrafo 6.

⁹² *Ibidem*, párrafo 9. Sobre la trata, *vid.* Directrices sobre Protección Internacional nº. 7, cit. supra.

⁹³ Directrices nº 1 sobre la persecución por motivos de género, cit. supra, párrafo 19.

⁹⁴ *Vid.* WALLACE, MARTÍN ORTEGA, op. cit. p. 93.

⁹⁵ En una situación de violencia doméstica, por ejemplo, en el que la esposa no tenga la posibilidad de establecer que la violencia se fundamenta en alguno de los cinco motivos de la Convención, ésta puede formular su petición de refugio fundamentándola en que el daño causado por su esposo se basa en la falta de protección del Estado fundamentada en algún motivo de la Convención. *Vid.* Directrices nº 1 sobre la persecución por motivos de género, cit. supra párrafos 20 y 21. En esta línea de atribución de responsabilidad a los Estados, el Comité CEDAW afirma que los principales responsables de garantizar que no se violen los derechos que la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo otorgan a las mujeres solicitantes de asilo y refugio, incluso cuando los autores de dichas violaciones sean agentes no estatales, son los Estados, ya que esta responsabilidad deriva de su obligación de actuar con la debida diligencia y adoptar las medidas necesarias para prevenir e investigar todos los actos de discriminación contra dichas mujeres, enjuiciar y castigar a sus autores y ofrecer reparaciones a las mujeres víctimas de discriminación. *Vid.* CEDAW, Recomendaciones Generales número 28 y 30.

aportando una concepción generosa de este concepto, que incluye la persecución por parte del Estado o por agentes no estatales⁹⁶.

Las Directrices, por otro lado, interpretan los cinco motivos de persecución que establece la Convención desde una perspectiva que tiene en cuenta la dimensión de género. Así, la persecución por razones de raza puede manifestarse de distintas formas según el sexo de la víctima. La religión asigna ciertos roles de conducta diferentes a hombres y a mujeres. La persecución por la nacionalidad adopta una forma específica de género que, en general, se manifiesta a través de violencia sexual contra mujeres y niñas. La “opinión política” debe entenderse en un sentido amplio que incluya cualquier opinión con respecto a los roles de género y el comportamiento no conformista, opiniones que no son toleradas por las autoridades o la sociedad⁹⁷. En opinión de algunos autores, los motivos políticos se interpretan de una manera muy restrictiva, considerando sólo como políticas las actividades centradas en la esfera pública y no la llevadas a cabo en la esfera privada, y es que, desde un análisis masculino de lo político, se sostiene que las mujeres participan menos en política que los hombres y, si lo hacen, su actividad es menos auténtica, lo que conlleva una baja probabilidad de que se aleguen este tipo de motivos como causa de persecución de las mujeres⁹⁸. Finalmente, el motivo de la pertenencia a un determinado grupo social ha sido desarrollado de forma más extensa por las Directrices número 2 del ACNUR que definen el grupo social como “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental para la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”⁹⁹. En esta definición se concilian los dos enfoques tradicionales: el enfoque de la inmutabilidad –un grupo unido por unas características inmutables- y el enfoque de la percepción social –un grupo que comparte unas características que lo distingue del resto de la sociedad-. Las mujeres se incluyen en ambos enfoques y son para las Directrices un claro ejemplo de un subconjunto social

⁹⁶ Vid. SALINAS DE FRÍAS *La mutilación genital femenina...* op. cit., p. 74.

⁹⁷ Vid. Directrices n° 1 sobre la persecución por motivos de género, cit. supra, párrafos 22 a 34.

⁹⁸ Vid. MIGUEL JUAN, op. cit. pp. 388 y 392. La autora opina que las peticiones de asilo por motivos de género encajan mejor dentro de las persecuciones por motivos políticos, si bien encuentra los siguientes factores que dificultan dicho encaje: a) el género es considerado como una categoría descriptiva y no analítica; b) se mantiene la dicotomía público-privado al conceptuar lo político; y c) se conciben los procedimientos legales sobre la presunción de que la persona que solicita la protección internacional es un hombre políticamente activo perseguido por el Estado.

⁹⁹ Vid. Directrices n° 2 sobre la pertenencia a un determinado grupo social, cit. supra, párrafos 10 a 13.

definido por características innatas e inmutables, quienes con frecuencia son tratadas de manera diferente a los hombres. Hay otros aspectos interesantes que incluyen la Directrices número 2, tales como, que un determinado grupo social no puede definirse por el hecho de que los miembros del grupo sufran persecución, pero las acciones persecutorias dirigidas hacia un determinado grupo pueden ser un factor relevante para determinar su visibilidad como grupo; un solicitante no necesita demostrar que todos los miembros de un determinado grupo se reconocen como grupo; no todos los miembros de un grupo deben estar en riesgo de ser perseguidos; el tamaño del grupo no es un criterio importante para determinar la existencia de un grupo social; y la afirmación de la existencia de un nexo causal cuando el riesgo de persecución proveniente de agentes no estatales no está relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección sí está fundamentada en un motivo de la Convención¹⁰⁰. Algunos autores señalan que la pertenencia a un determinado grupo social resulta problemática porque no se admite que el grupo social sea un grupo extenso; porque un grupo de mujeres víctimas de violencia machista en pareja no puede ser un grupo social si sólo les une el hecho de ser víctimas de este tipo de violencia, dado que la característica común que une al grupo social no puede ser sólo la persecución sufrida; porque la jurisprudencia exige cada vez más requisitos que dificultan la configuración de los grupos sociales; y porque las definiciones de grupo social parten de un concepto de sexo como una característica innata e inmutable lo que resulta problemático en las solicitudes de las personas transexuales¹⁰¹. En definitiva, las Directrices del ACNUR pretenden superar las dificultades derivadas de la neutralidad de la Convención a la hora de evaluar las solicitudes de mujeres expuestas a la violencia de género, y lo hacen ofreciendo una interpretación de la definición del estatuto de refugiado más sensible a estos casos concretos, y proponiendo algunas prácticas procedimentales consideradas como prerequisite para la apropiada evaluación de las solicitudes en las que esté implicada la persecución por motivos de género¹⁰².

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 14 a 23.

¹⁰¹ *Vid.* MIGUEL JUAN, op. cit., pp. 393 y ss.

¹⁰² *Vid.* WALLACE, MARTÍN ORTEGA, op. cit. p. 92. En relación con los aspectos procedimentales, las Directrices ofrecen una serie de orientaciones para la tramitación de las solicitudes de refugio centradas básicamente en la necesidad de proporcionar información a las mujeres, un ambiente de apoyo y confidencialidad del procedimiento. La prueba documental, como tal, no es requerida para que las autoridades puedan estimar una solicitud de refugio basada en el género, aunque la información sobre las prácticas en el país de origen ayuda a sustentar la solicitud. Un estudio normativo y jurisprudencial sobre la persecución de género en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: “La persecución de género en el Derecho Internacional de los Refugiados: Nuevas perspectivas”, en (33) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2017).

En línea con las Directrices del ACNUR, el Comité CEDAW afirma que la violencia contra las mujeres es una de las principales formas de persecución que sufren las mujeres en el contexto del estatuto de refugiado y el asilo y sostiene que la Convención de Ginebra, debidamente interpretada, abarca las solicitudes basadas en el género¹⁰³. El Comité considera que los Estados deben aplicar una perspectiva de género a la hora de interpretar los cinco motivos de persecución de la Convención, deben considerar el factor género para reconocer la pertenencia a un determinado grupo social e introducir otros motivos de persecución, concretamente el género y el sexo, en la legislación y las políticas nacionales relativas a los refugiados y solicitantes de asilo. En nuestra opinión, la complejidad y dificultad de subsumir las experiencias de persecución de las mujeres que sufren alguna forma de violencia basada en su género en su pertenencia a un grupo social determinado, así como la dificultad de establecer el nexo causal en los casos de persecución por parte de agentes no estatales, pueden conseguir finalmente excluir de la protección internacional a las mujeres que solicitan refugio por estos motivos. Para evitar estas dificultades y lagunas jurídicas, habría que replantearse, a nuestro entender, la “persecución por motivos de género” como una categoría propia en la Convención de los Refugiados inclusiva de las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer que persisten en muchos países.

Las crisis humanitarias actuales¹⁰⁴ han sacado a la luz otras figuras que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra y que afectan de manera particular a las mujeres y las niñas. Estas nuevas modalidades de desplazamientos forzosos se encuentran con un vacío legal y una evidente desprotección jurídica que, en muchos casos propicia, como advierten los autores, que los Estados adopten controvertidos mecanismos jurídicos con los que consiguen evadir sus

¹⁰³ Entre las diferentes manifestaciones de esta violencia el Comité cita: la mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso o a edad temprana, la amenaza de violencia o los denominados “delitos de honor”, la trata de mujeres, los ataques con ácido, la violación y otras formas de agresión sexual, las formas graves de violencia doméstica, la imposición de la pena capital u otras penas físicas contempladas en los sistemas de justicia discriminatorios, la esterilización forzada, la persecución política o religiosa por manifestar opiniones feministas o de otra índole, y las consecuencias persecutorias por no acatar las normas y convenciones sociales prescritas en relación con el género, o por reivindicar sus derechos reconocidos internacionalmente. *Vid.* Comité CEDAW, Recomendación General núm. 32, cit. supra, párrafo 13.

¹⁰⁴ Para la responsable de la Unidad de Protección de la Delegación del ACNUR en España, los factores que caracterizan las crisis humanitarias actuales, son, entre otros,: a) la violencia y violación sistemática de los derechos humanos; b) la complejidad de las causas de las crisis y la dificultad de promover soluciones duraderas; c) el alto costo -financiero, social y político- para los países receptores; d) el desequilibrio en el reparto de responsabilidades en el ámbito de la comunidad internacional; e) la percepción de abuso del sistema de asilo por parte de los solicitantes; y f) la interrelación entre migración y asilo. *Vid.* ELIZONDO, op. cit. pp. 88 y ss.

responsabilidades internacionales¹⁰⁵. Es necesario, como apunta el ACNUR, partir de la premisa de que las nuevas dinámicas del desplazamiento forzoso provocan que las mujeres y las niñas sufran violaciones de sus derechos humanos, en particular violencia sexual y por motivos de género, derivadas no sólo de su desplazamiento, sino también de la discriminación y la violencia que enfrentan en periodos de paz¹⁰⁶.

En el caso de las desplazadas internas, éstas pueden estar más expuestas que las refugiadas, incluso, a los abusos y la violencia, puesto que el gobierno que provocó su desplazamiento es al mismo tiempo el responsable de su seguridad y protección. Además de no existir ningún instrumento jurídico convencional específico que regule los desplazamientos internos, tampoco hay ningún organismo similar al ACNUR para atender sus necesidades, aunque éste último ha ampliado su campo de protección a estos desplazados extendiendo así las previsiones estatutarias de su mandato. También la antigua Comisión de Derechos Humanos, intentando suplir esta laguna, aprobó en 1988 unos Principios Rectores dirigidos a regular los desplazamientos de las personas o grupos de personas “que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los

¹⁰⁵ Una de estas discutibles técnicas jurídicas es la del “tercer país seguro”, en la que los Estados indican los países en los que sus nacionales no tienen *a priori* derecho al refugio porque son seguros y, por contra, los solicitantes de refugio que procedan de alguno de estos países se encuentran obligados a retornar a ellos. Otra práctica controvertida es la del examen único de la solicitud de refugio establecido por los Estados de la Unión Europea, según el cual un único Estado debe examinar la solicitud de refugio para evitar los llamados “refugiados en órbita”. Esta expresión, “refugiados en órbita”, hace alusión a las personas que son constantemente reenviadas a otros Estados porque ninguno se hace cargo de su solicitud. El Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, responde a este problema determinando el Estado que debe pronunciarse sobre una solicitud de asilo para evitar el fenómeno de las solicitudes múltiples y de los “refugiados en órbita”. *Vid.* Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 (ratificado por España el 10 de abril de 1995, BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1997). Sobre estos problemas, *vid:* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, op. cit., pp.59-69.

¹⁰⁶ ACNUR: “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”, Guía del ACNUR para la prevención y respuesta, mayo de 2003, pp. 4 y ss; y “Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas”, Primera edición, enero 2008, p.6.

La Guía concibe la violencia sexual y la violencia por motivos de género de manera inclusiva, de forma neutra al género, lo que significa que, aunque se reconozca que la mayoría de las víctimas son mujeres y niñas, los niños y los hombres también pueden ser objeto de ellas. A lo largo de todas las fases en las que se desarrolla el ciclo del refugiado tiene presencia ambos tipos de violencia: durante el conflicto, durante la huida, en el país de asilo, durante la repatriación y durante la reintegración. La violencia sexual se puede manifestar a través de la violación, el abuso sexual a menores, la sodomía forzada, el abuso sexual, la explotación sexual, la prostitución forzada, el acoso sexual, o la violencia sexual como arma de guerra o método de tortura. La violencia física a través del asalto físico, la trata o la esclavitud. La violencia emocional y psicológica a través del abuso, la humillación y el confinamiento. Las prácticas tradicionales dañinas a través de la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz, el matrimonio forzado, los asesinatos por honor, el infanticidio o la negación de la educación para las mujeres. Y, finalmente, la violencia socioeconómica se manifiesta a través de la discriminación o negación de oportunidades o servicios, de la exclusión u ostracismo social o de una práctica legislativa obstruccionista.

derechos humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”¹⁰⁷. Dichos Principios, aunque apenas reparan en las necesidades específicas de las mujeres desplazadas y su mayor vulnerabilidad frente a la violencia de género que ha sido constatada por numerosos estudios¹⁰⁸, establecen como principio básico la protección contra “la violación, la mutilación, la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros ultrajes a la dignidad personal, como los actos de violencia contra la mujer, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque a la libertad sexual”¹⁰⁹. La naturaleza jurídica no vinculante de estos Principios Rectores y su escaso contenido

¹⁰⁷ Vid. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, “Principios Rectores de los desplazamientos internos”. Informe del Representante del Secretario General, Sr. FRANCIS M. DENG, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Vid. párrafo 2, Principios 1 y 4. El documento reconoce que ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tienen derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

¹⁰⁸ Destacamos los estudios relativos al impacto de los desplazamientos sobre las mujeres en Colombia y Afganistán. Respecto a las mujeres afganas, Camille Hennion trae a colación los hallazgos de un estudio realizado en 2012 que parece respaldar la idea de que el desplazamiento interno aumenta la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia de género, debido, entre otros factores, a las degradadas condiciones socioeconómicas y a la pérdida de los mecanismos de apoyo. Ejemplos de cómo influyen las precarias condiciones económicas, son los matrimonios forzados (algunas familias de desplazados dependen del precio de la novia para sobrevivir) o el incremento de la violencia doméstica por el desarraigo, el hacinamiento o la presión que sufre el cabeza de familia por obtener ingresos. La pérdida de los mecanismos de apoyo y protección tradicionales propicia que cuando se enfrentan a situaciones de riesgo, como los matrimonios forzados o la violencia doméstica, las mujeres no puedan acceder con facilidad a mecanismos de protección externos, como la policía o la justicia, sin correr el riesgo de ser condenadas al ostracismo o, incluso, de ser excluidas de sus propias familias. Vid. Samuel Hall-NRC-IDMC-JIPS (2012) Challenges of IDP Protection. Research Study on the protection of internally displaced persons in Afghanistan (Los retos de la protección de las personas desplazadas internas. Estudio sobre la protección de las personas desplazadas internas en Afganistán), www.nrc.no/arch/img/9665970, citado en HENNION, C: “El desplazamiento y la violencia contra las mujeres en Afganistán” en *Revista Migraciones Forzadas*, Núm. 46, mayo 2014, p. 34.

Respecto a Colombia, los datos ponen de manifiesto que el asunto de los desplazados en Colombia es, claramente, un “asunto de mujeres”: el 58 % de la población obligada a dejar sus casas son mujeres, y un 39 % de los hogares desplazados están encabezados por una mujer. Vid. Women’s Commission for Refugee Women and Children: “La farsa de la preocupación: el abandono de la Población Desplazada por la Violencia en Colombia”, Nueva York, 1999, p. 5. De ese alto porcentaje de colombianas desplazadas existe una elevada proporción de mujeres sobre las que recaen las responsabilidades de la reproducción familiar y se encuentran en precarias condiciones. Entre ellas, hay una elevada cifra de viudas. Las investigaciones advierten sobre la desprotección a que se ven abocadas las mujeres mayores, las niñas y las jóvenes al desestructurarse sus redes tradicionales de apoyo, y alertan sobre el acoso sexual y las violaciones a las que se ven expuestas las niñas y jóvenes. Vid. RAMÍREZ, M. H.: “El impacto del desplazamiento forzado sobre las mujeres en Colombia” en *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, 3, 2001.

¹⁰⁹ Vid. E/CN.4/1998/53/Add.2, cit. supra, Principios 10 y 11. Encontramos referencias explícitas a las mujeres en otros principios que rigen durante el desplazamiento como, por ejemplo, la participación de las mujeres en la planificación y distribución de los suministros básicos; la atención especial que debe prestarse a sus necesidades sanitarias, en particular, a su salud reproductiva; el asesoramiento adecuado a las víctimas de abusos sexuales y de otra índole; la participación de la mujer en los programas educativos o el acceso a los servicios de educación y formación. Vid. Principios de 10 a 23.

protector ponen en evidencia, a nuestro juicio, su insuficiencia para proteger la integridad de las mujeres afectadas por este tipo de desplazamientos.

La apatridia es otra situación que escapa de la regulación de la Convención de Ginebra, aunque cuenta con una regulación convencional propia: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para reducir los casos de apatridia -esta última recientemente ratificada por España-¹¹⁰. Ser apátrida suele implicar la negación de los derechos más básicos, la negación de la documentación necesaria para garantizar estos derechos y la negación de muchos otros elementos que son necesarios para llevar una vida normal. También significa ser rechazado y discriminado, y la presión adicional de pasar el estigma a sus hijos y las generaciones futuras¹¹¹. El ACNUR reconoce, por otro lado, que la posesión de una nacionalidad y la capacidad para ejercer los derechos inherentes a la nacionalidad ayudan a prevenir los desplazamientos forzados¹¹². Ninguno de los textos que regulan la apatridia, sin embargo, hacen referencia expresa a las necesidades específicas de las mujeres y de las madres, que en algunos países siguen sufriendo obstáculos, por ejemplo, para transferir la nacionalidad a sus hijos en igualdad de condiciones con los padres¹¹³, o, en otros casos, su legislación interna les altera su nacionalidad a causa del matrimonio, pudiendo llegar a convertirlas, incluso, en apátridas, como recuerda el Comité CEDAW en sus Recomendaciones número 21 y 32¹¹⁴. Como contribuciones más significativas de la Convención del estatuto de los apátridas podemos señalar: la definición amplia de esta figura referida a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado; el establecimiento del principio de igualdad de trato en su protección -igualdad de trato con los nacionales, respecto a la libertad de religión, la educación de sus hijos o la legislación social, e

¹¹⁰ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York, el 28 de septiembre de 1954. United Nations, Treaty Series, vol. 360, p. 117. En la actualidad forman parte de la Convención 91 Estados. España se adhirió a la Convención el 24 de abril de 1997 (BOE núm. 159 de 4 julio de 1997). Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 989, p. 175. En la actualidad forman parte de la Convención 73 Estados. España ha ratificado la Convención con fecha 25/09/2018. Instrumento de adhesión publicado en el BOE número 159, de 4 de julio de 1997.

¹¹¹ TÜRK V.: “El estatuto de apatridia 60 años después” en *Revista Migraciones Forzadas*, Núm. 46, junio 2014, pp. 46-48.

¹¹² Vid. Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas, cit. supra, p. 403.

¹¹³ Vid. TÜRK, op. cit. p. 46.

¹¹⁴ Vid. Comité CEDAW, Recomendación General núm. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, cit. supra, y Recomendación General número 32, cit. supra, párrafos 51 a 63. El Comité insta a los Estados a garantizar que el matrimonio con un extranjero o el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio no alteren automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge, reconociendo que la nacionalidad es esencial para la plena participación de la mujer en la sociedad, de tal manera que las mujeres y niñas que carecen de ella son objeto de una doble discriminación: como mujeres y como personas apátridas.

igualdad de trato con los extranjeros, respecto a los demás derechos para los que la Convención no disponga una disposición más favorable-; la prohibición de su expulsión del territorio del Estado en el que se encuentren legalmente; y la obligación de los Estados de facilitarles la asimilación y la naturalización¹¹⁵.

La Convención para reducir los casos de apatridia, por su parte, elaborada con la finalidad de evitar y solucionar las situaciones de pérdida, renuncia o privación de la nacionalidad, establece la obligación general de que los Estados concedan su nacionalidad para evitar que una persona se encuentre en su territorio *sine die* como apátrida. En este contexto es pertinente recordar que la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957 sirvió para frenar los casos de apatridia que se generaban con anterioridad a su aprobación cuando las legislaciones de muchos países obligaban a las mujeres casadas con extranjeros a adquirir la nacionalidad de sus maridos. Pero la voluntad de los Estados se convierte en muchos casos en un obstáculo para la plena aplicación de estos instrumentos jurídicos y de las recomendaciones de los órganos de derechos humanos, como demuestra el hecho de las numerosas reservas formuladas tanto a la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada como a la Convención CEDAW en lo relativo a las relaciones familiares¹¹⁶.

Los sistemas regionales de derechos humanos, como veremos en el último capítulo de la tesis, se quedan cortos, en general, en sus planteamientos en esta materia. Así, aunque se sitúan en una línea favorecedora de la protección de las mujeres, no contemplan el género o la violencia de género como circunstancia a tener en cuenta en la concesión de la condición de beneficiario de protección internacional ni en los procedimientos para el otorgamiento de esta. No reconocen, por ejemplo, que la persecución por motivos de género sea suficiente para acceder a la condición de refugiada.

Por lo que respecta a España, nuestra legislación ha seguido la línea jurisprudencial favorable a la protección internacional de las mujeres refugiadas, incluyendo en la ley española vigente sobre asilo “el género u orientación sexual” como motivo de persecución junto a los cinco motivos tradicionales, a efectos del

¹¹⁵ *Vid.* Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, artículos 1, 31 y 32.

¹¹⁶ Entre los países que han presentado Reservas y Declaraciones al artículo 9 de la Convención CEDAW figuran: Bahamas, Brunei, Corea, Francia, Jordania, Kuwait, Líbano, Mónaco, Omán, Qatar, Arabia Saudí, Siria, Emiratos Árabes y Reino Unido. Información disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-8.en.pdf>.

reconocimiento de la condición de refugiado¹¹⁷. Sin embargo, hay autores que advierten sobre la respuesta imprecisa del legislador español a la hora de considerar beneficiarias de asilo a víctimas de alguna forma de violencia contra la mujer, en particular la trata. Para Ruiz Sutil, el laberinto normativo existente, consecuencia directa de los nexos entre migración y asilo, junto al colapso lingüístico de conceptos de violencia de género y de otros fenómenos, dificultan el estatuto de refugiada en el caso de las víctimas de trata que solicitan protección internacional por fundados temores de ser perseguidas si vuelven a su país¹¹⁸. Por otro lado, la jurisprudencia española ha jugado un papel importante en orden a la protección de las mujeres en esta materia. En este sentido destaca la Sentencia 1836/2002, de 31 de mayo de 2005, del Tribunal Supremo en la que admitió un recurso contra la denegación a trámite de la solicitud de asilo de una mujer somalí que había sufrido repetidas violaciones sexuales cuando se encontraba en campamentos de refugiados. La interpretación que hizo nuestro Tribunal del artículo 1 de la Convención, considerando que una mujer solicitante de asilo que alega persecución en base a su sexo debe entenderse que es objeto de persecución por pertenencia a un grupo social, permitió abrir una línea jurisprudencial favorecedora de la protección de las mujeres solicitantes de asilo por esta causa, que se ha ido consolidando y que ha dado cabida, posteriormente, a otros supuestos de persecución por otras formas de violencia contra la mujer, como los matrimonios forzados y la mutilación genital femenina¹¹⁹. Lo dicho contrasta con la política española en relación con las llamadas expulsiones colectivas o expulsiones en caliente, sobre las que se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Estrasburgo en el *Asunto N.D. y N.T. c. España* en los que ha condenado a nuestro país por la expulsión de Melilla en 2014 de dos jóvenes procedentes de Malí y Costa de Marfil sin haber sido identificados y sin haberse formalizado el correspondiente expediente¹²⁰.

¹¹⁷ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, 31 octubre 2009). Artículo 3 a). El ordenamiento jurídico español reguló inicialmente el estatuto de los refugiados y los asilados como figuras diferenciadas en la Ley 5/1984, de 5 de marzo. Esta ley fue modificada sustancialmente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que suprimió la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados. En opinión de Rodríguez Carrión, la unificación de la figura del refugio y del asilo en el ordenamiento español ha sido “una soterrada forma de evitar que España se convierta en un país de destino de personas individuales que huyen de sus Estados de origen -aunque esa posibilidad se mantenga excepcionalmente- disuadiendo a posibles peticionarios.” Vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho Internacional...* op. cit., p. 362.

¹¹⁸ Vid. RUIZ SUTIL, op. cit., p. 342.

¹¹⁹ Vid. SALINAS DE FRÍAS, *La mutilación genital femenina...* op. cit., pp. 78 y ss.

¹²⁰ *Asunto N.D. y N.T. c. España* (Demandas nº 8675/15 y 8697/15), 3 de octubre de 2017.

En definitiva, las lagunas e insuficiencias del Derecho Internacional en relación con la protección internacional de los derechos de las mujeres refugiadas y desplazadas han llevado a plantear varias propuestas: la reforma y actualización de la Convención de Ginebra¹²¹, la adopción de un nuevo Protocolo de la Convención que incluya el género y la orientación sexual entre los motivos de persecución, así como un catálogo detallado sobre las formas de la violencia basada en género que tiene lugar durante las hostilidades y que dan lugar a la persecución, huida y búsqueda de refugio¹²², y la reinterpretación de la Convención -sin necesidad de modificarla- desde una perspectiva de género para romper el paradigma masculino desde el que se ha desarrollado¹²³. En nuestra opinión, la Convención de 1951 responde a otra época -el momento histórico en el que se aprobó es muy anterior al reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres como derechos humanos-, tiene un claro sesgo androcéntrico que no refleja las experiencias de las mujeres y resulta, por consiguiente, un instrumento poco eficaz para proteger los derechos y la integridad de las mujeres que sufren persecución motivada en cualquier forma de violencia de género. El Derecho Internacional tiene que garantizar la protección de estas mujeres incluso en los supuestos en los que esa violencia que sufran, y que les obliga a huir buscando refugio internacional, provenga de particulares si el Estado que tiene el deber de protegerlas no lo hace por incumplimiento de su obligación internacional de actuar conforme al principio de la debida diligencia en la prevención, investigación, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra la mujer.

¹²¹ La discusión en torno a la necesidad de reformar la Convención ha sido planteada por algunos políticos -en discursos marcadamente interesados- y por la doctrina científica. Como ejemplo de los primeros, Jack Straw exministro del interior del Reino Unido planteó públicamente la necesidad de revisar la Convención de Ginebra, cuya validez incluso llegó a poner en duda, con el argumento de que el incremento de los migrantes económicos que pretendían adquirir la condición de refugiados paralizaba el sistema de asilo. Véase noticia aparecida en prensa:

<http://www.theguardian.com/uk/2001/feb/06/immigrationimmigrationandpublicservices3> (última consulta 15/04/2019). La doctrina que aboga por la revitalización de la protección de los refugiados se ha concitado en torno a la denominada “Declaración de Niebla sobre la revitalización de la protección de los refugiados”, adoptada con ocasión de las V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario celebradas en la Universidad de Huelva, en 2001, organizadas por el ACNUR y el Seminario de Estudios Internacionales en conmemoración del cincuentenario de la Convención de Ginebra.

¹²² Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ *El gender mainstreaming ...*, op. cit., pp. 507 y 508.

¹²³ Para Miguel Juan, la legislación internacional sobre los refugiados y figuras similares se ha desarrollado desde un paradigma masculino que refleja la experiencia masculina, razón por la cual no responde a las experiencias de las mujeres ni a sus necesidades de protección. Esta es la razón que justifica, a su juicio, el hecho de que las mujeres vean rechazadas sus peticiones de asilo en mayor medida que los hombres. En su opinión, la incapacidad de la Convención para reconocer y dar una respuesta a las peticiones de asilo por motivos de género no deriva del hecho de que el texto no las prevea expresamente, sino de que ha sido y es mayoritariamente interpretado desde un punto de vista masculino. Vid. MIGUEL JUAN, op. cit. p. 388 y ss.

2.- LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD.

El abandono político y jurídico en el que se ha encontrado la mujer con discapacidad -un factor de vulnerabilidad que afecta al 19,2% de mujeres frente al 12% de los hombres¹²⁴- ya había sido puesto de relieve por el Comité CEDAW y por el Comité del PIDESC¹²⁵ antes de que se aprobara a principios del siglo XXI el instrumento más importante en relación con este colectivo, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹²⁶. El propósito del texto, a tenor de su artículo 1, es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad”, entendiendo por éstas “aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan

¹²⁴ A/67/227, 3 agosto de 2012, informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, sobre mujeres con discapacidad. Párrafo 12.

¹²⁵ El Comité CEDAW ha elaborado una Recomendación General en la que aborda la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad, abogando por la adopción de medidas especiales para que puedan gozar de igualdad de oportunidades en materia de educación y de empleo, servicios de salud y seguridad social y asegurar que puedan participar en todos los aspectos de la vida social y cultural. En esta misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General número 5, reconoce el abandono jurídico y político en el que se ha encontrado la mujer con discapacidad e insta a los Estados a que se ocupen de la situación de las mujeres con discapacidad y a que se dé alta prioridad a la aplicación de programas relacionados con sus derechos económicos, sociales y culturales. *Vid.* Recomendación General número 18 del Comité CEDAW sobre las mujeres discapacitadas, 1991 y Observación General número 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con discapacidad, 1994, párrafo 19.

¹²⁶ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006. United Nations, *Treaty Series*, vol. 251, 5 p. 3. Estados Partes: 157. La Unión Europea forma parte de la Convención desde el 23 de diciembre de 2010. Ratificada por España (BOE número 96, de 21 de abril de 2008). La Convención fue desarrollada por un Protocolo Facultativo posterior aprobado por Resolución de la Asamblea General A/RES/61/106, de 13 diciembre 2006. Entrada en vigor 3 mayo de 2008. Ratificado por España (BOE número 97 de 22 abril de 2008).

Una particularidad de la Convención prevista en los artículos 43 y 44, es la posibilidad de que las organizaciones regionales de integración pueden adherirse a ella, tal y como ha hecho la Unión Europea con fecha 23 de diciembre de 2010. La razón que justifica la elaboración de este tratado -ampliamente ratificado- se encuentra en la invisibilidad en la que se encontraban las personas con discapacidad dentro del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, en el que no contaban con instrumentos específicos de carácter obligatorio ni con un órgano especializado que velara por la protección de sus derechos. Así lo reconoce el apartado k) del Preámbulo de la Convención.

Sobre la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema de protección de derechos humanos, véase: OACDH, QUINN, G., DEGENER T.: “Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, pp. 17 y ss. Disponible en: <https://issuu.com> (última consulta 14/04/2019). Algunos trabajos sobre la Convención en: SANJOSÉ GIL, A.: “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *REEL*, 13, 2007, pp. 1-26; GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 527-540; LAWSON, A.: “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?” en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007, p. 583.

impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La Convención adopta un enfoque holístico e integral sobre los derechos de las personas con discapacidad e introduce una perspectiva de género¹²⁷, de tal manera que los derechos de las mujeres con discapacidad alcanzan su más alto nivel de protección a través de un instrumento universal de naturaleza vinculante. Estos aspectos, entre otros, han propiciado opiniones muy positivas por parte de la doctrina. Rey Aneiros sostiene que la Convención marca un salto cualitativo en relación con los documentos anteriormente adoptados porque se trata del primer texto jurídicamente vinculante que ha recibido un amplio apoyo de los Estados, y porque supone un cambio de paradigma en el enfoque de los derechos de las personas con discapacidad que pasan de ser objeto del derecho a convertirse en verdaderos sujetos de derecho, dejando definitivamente atrás el anterior enfoque médico-asistencial¹²⁸. Otros autores también destacan este cambio de paradigma y el fin de la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema universal de protección de derechos humanos. A juicio de Cuenca Gómez el tratado va más allá de la reafirmación de los derechos existentes y aborda directamente la regulación de ciertos aspectos que no se mencionan en los tratados generales, alejándose con ello de la estrategia tradicional que enuncia los objetivos a alcanzar, pero guarda silencio en relación con los medios. Para la autora este cambio de enfoque se observa en la aplicación transversal del principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad¹²⁹. La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer,

¹²⁷ En línea con esta perspectiva de género el texto reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y aboga por la adopción de medidas para luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. supra., artículos 6, 7 y 8.

¹²⁸ REY ANEIRO, A.: “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿nuevo estatuto jurídico de las personas con discapacidad?”, en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.) PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), Vol. 1, Colección Escuela Diplomática nº 15, 2009, p.272. Los documentos anteriores a la Convención, citados por el autor son: la Declaración de los derechos del retrasado mental (Resolución A/RES/ 2856 (XXVI), 20 de diciembre de 1971); la Declaración de los derechos de los impedidos (Resolución A/RES/ 3447 (XXX), 9 diciembre de 1975); el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad (Resolución A/RES/ 37/52, 3 diciembre de 1982; las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (A/RES/48/96, 20 diciembre de 1993). Todos estos instrumentos abordan la discapacidad desde una perspectiva de desarrollo social con un enfoque médico y asistencialista centrado en la adopción de medidas de prevención y rehabilitación. Sobre el tema véase también, PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ed. Cinca, Madrid, 2008, pp. 221 y ss.

¹²⁹ CUENCA GÓMEZ, P.: “Igualdad, no discriminación y derechos de las personas con discapacidad” en *“El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los*

por su parte, encuentra muchos puntos de encuentro entre esta Convención y la Convención CEDAW, entre ellos, la obligación de incorporar una perspectiva de género, la regulación de unas obligaciones generales que deben asumir los Estados en orden a la protección legislativa y sustantiva, el uso de medidas especiales para garantizar la igualdad y la lucha contra los estereotipos¹³⁰.

La Convención reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás, y las protege expresamente contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como contra la explotación, la violencia y el abuso¹³¹. Conforme al artículo 16, los Estados deben adoptar “todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género”. Cuenca Gómez sostiene, siguiendo a Mégret¹³², que el artículo 16 asume un nuevo enfoque en relación con la violencia, la explotación y el abuso, al considerarlos fenómenos generados y fomentados por estructuras de opresión que van mucho más allá de la relación entre los individuos y el Estado; tal es así -dice el autor-, que la referencia que hace el artículo al hogar es inusual en el Derecho internacional de los Derechos humanos¹³³. El artículo 16, no obstante, no hace referencia explícita a la violencia que pueden sufrir en particular las mujeres con discapacidad que, como afirma la Relatora

Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes”, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.- Coord.), Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 63 y ss. La autora afirma que los tratados generales de derechos humanos realizan un reconocimiento genérico y abstracto de los derechos dando por sentado que se predicen también de las personas con discapacidad, pero su falta de concreción resulta insuficiente para convertir a estas personas en auténticos sujetos de derechos. Por el contrario, la CDPD recoge un amplio catálogo de derechos y establece previsiones específicas para garantizar su igual aplicación y efectividad a las personas con discapacidad. El artículo 5 de la CDPD prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad. En la consecución de la igualdad, la Convención otorga un protagonismo central a dos elementos: la accesibilidad universal y los ajustes razonables, que se convierten en herramientas básicas orientadas a la erradicación de las barreras que impiden el disfrute de esa igualdad.

¹³⁰ Vid. A/67/227, informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafos 76 a 86.

¹³¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. supra., artículos 15, 16 y 17. Conforme al artículo 16, el género -junto a la edad- debe ser tenido en cuenta en todas las áreas desde las que el Estado aborde la violencia: la prevención, la asistencia, la recuperación y la reintegración de las víctimas. Así mismo, para asegurar que los casos de violencia, explotación y abuso, sean detectados, investigados y juzgados, los Estados deben adoptar legislación y políticas efectivas, entre las que se incluyen las centradas en la mujer y en la infancia.

¹³² MÉGRET, F.: “The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?” en *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 494-516.

¹³³ Vid. CUENCA GÓMEZ, op. cit. pp.65-66.

Especial sobre la violencia contra la mujer, es una violencia que “adquiere formas únicas, tiene causas únicas y da lugar a consecuencias únicas”, precisamente por la conjunción del género, la discapacidad y otros factores, tales como la pertenencia a grupos desfavorecidos o minoritarios. La Relatora Especial advierte que las mujeres con discapacidad tienen el doble de probabilidades de ser víctimas de la violencia doméstica, de sufrir violaciones y abusos sexuales en el hogar, el trabajo, la escuela o la calle, de sufrir internamiento forzoso, esterilización forzosa, o de ser víctimas de trata o prostitución forzada¹³⁴. En nuestra opinión, la referencia del artículo 16 a los aspectos relacionados con el género y a la protección de la violencia en el hogar y fuera de él, junto con la afirmación en el Preámbulo del tratado de que las mujeres y niñas con discapacidad están expuestas a un mayor riesgo de violencia dentro y fuera del hogar, implica un reconocimiento de que muchas de las formas de violencia, abuso y explotación de las mujeres con discapacidad, traen su causa en las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, y los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas basadas en el género, aunque el artículo 16 no vaya dirigido exclusivamente a la protección de las mujeres frente a la violencia, sino de todas las personas con discapacidad.

El mecanismo de control de la Convención presenta algunos rasgos novedosos¹³⁵. Así, en la composición del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad se exige una representación de género equilibrada¹³⁶; y los informes que los Estados deben presentar al Comité deben hacerse necesariamente públicos. Esta exigencia de dar difusión a los informes estatales no se recoge de manera tan clara en otros tratados de derechos humanos, como, por ejemplo, la Convención CEDAW que es

¹³⁴ Vid. A/67/227, informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafos 13 a 69. La Relatora señala como causas y consecuencias específicas de la violencia contra las mujeres con discapacidad, entre otras: la dependencia emocional y económica del agresor, el temor relativo a la custodia de los hijos, la inaccesibilidad a los recursos y a la información. Las consecuencias específicas de esa violencia son: la baja autoestima, la invisibilidad social, las dificultades en el empleo y en el ejercicio de su profesión, las dificultades de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, el riesgo de quedarse sin hogar.

¹³⁵ Junto a los mecanismos de vigilancia y control que establece la Convención - los informes estatales, las Conferencias periódicas y los organismos de supervisión nacional- el Protocolo Facultativo de la Convención introduce: las denuncias individuales y el procedimiento de investigación por violaciones graves o sistemáticas de los derechos recogidos en la Convención.

¹³⁶ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. supra, artículos 34 y 35. Las características y funciones del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad son similares a las de los Comités similares del resto de tratados de derechos humanos. Las principales funciones del Comité -constituido en 2009- son el estudio de los informes que le presenten los Estados Partes sobre la aplicación y desarrollo de la Convención, y la formulación de las sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de dichos informes.

comparativamente más restrictiva¹³⁷. La celebración periódica de una Conferencia de Estados -de carácter obligatorio, según se deduce del texto- con el fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la Convención, complementa los clásicos mecanismos de vigilancia y control de este tipo de tratados¹³⁸. Como también lo complementan los mecanismos nacionales previstos en el artículo 33, en virtud de los cuales los propios Estados se encargan del seguimiento y vigilancia de la aplicación de la Convención¹³⁹.

A pesar de la evolución del marco normativo, la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer señala que sigue sin hacerse prácticamente nada respecto a la situación de las mujeres con discapacidad frente a la violencia. La mayoría de los Estados carecen de leyes, políticas o programas específicos y exhaustivos aplicables a las mujeres con discapacidad¹⁴⁰. No ocurre esto en el caso de España que disponemos de una norma específica que regula la materia, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y que culmina la adaptación de la normativa española a las normas internacionales, en particular a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. La ley reconoce una especial vulnerabilidad a la discriminación múltiple de las niñas, mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías, y exige al respecto una protección especialmente intensa hacia estas personas por parte de las Administraciones Públicas, incluyendo medidas de acción positivas¹⁴¹. Esta ley no recoge aspectos punitivos relacionados con la violencia o abusos específicos que puedan sufrir las mujeres con discapacidad, de tal manera que para conocer la respuesta jurídica a las conductas violentas hacia estas mujeres habrá que remitirse al Código Penal español en el que está contemplada la discapacidad como circunstancia agravante de ciertos delitos. Por otra parte, nuestra Ley Integral de

¹³⁷ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. supra, artículo 36.4. Conforme a este artículo, el Secretario General de Naciones Unidas debe poner los informes a disposición de todos los Estados Partes, y éstos, por su parte, deben dar amplia difusión pública a sus informes en sus propios países y deben facilitar el acceso a las sugerencias y recomendaciones que el Comité haya hecho sobre dichos informes. El artículo 21 de la Convención CEDAW, por su parte, dispone que el Comité CEDAW informará anualmente, por conducto del ECOSOC, a la Asamblea General sobre sus actividades. Por otra parte, el Secretario General de Naciones Unidas transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

¹³⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. supra, artículo 40.

¹³⁹ *Ibidem*, artículo 33.

¹⁴⁰ *Vid.* A/67/227, informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafos 12 y 95.

¹⁴¹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, (BOE 289, de 3 de diciembre de 2013), artículo 7 y 67.

Violencia de Género hace referencia a las mujeres con discapacidad para que se tenga en cuenta su situación especial en relación con su derecho a información como víctimas de este tipo de violencia, así como en la elaboración de los Planes de colaboración institucionales para la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, y en la formación de jueces y funcionarios de justicia sobre violencia de género¹⁴².

En definitiva, en nuestra opinión, el enfoque que hace la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la protección contra la violencia que puedan sufrir las personas con discapacidad es pionero con respecto a otros tratados de derechos humanos por la perspectiva de género que incorpora y que obliga a los Estados a tener en cuenta el factor género a la hora de abordar la violencia que sufran las mujeres con discapacidad; por la referencia al hogar y la extensión de la protección frente a la violencia en el ámbito privado; y por la ruptura de la dicotomía de la esfera pública/privada que esto conlleva. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se convierte de esta manera en la primera norma universal de carácter vinculante que reconoce, aunque sea implícitamente, la existencia de una violencia relacionada con el género, y la primera norma de estas características que incluye obligaciones específicas dirigidas a los Estados para su protección frente a ella, provenga del ámbito público o del más privado de los ámbitos, como es el hogar.

3.- LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO.

Los conflictos armados -que el Derecho Internacional no proscribe de manera absoluta¹⁴³- exarcean todas las formas de violencia contra la mujer en los diferentes

¹⁴² LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículos 18.2, 32, y 47.

¹⁴³ Según la Carta de Naciones Unidas, los Estados conservan su derecho a defenderse, individual o colectivamente, contra los ataques que amenacen su independencia o territorio (art. 51) y pueden hacer uso de la fuerza para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales en el marco de una acción colectiva prevista en el Capítulo VII de la Carta. La prohibición de recurrir a la fuerza para el arreglo de las controversias (art. 33) no se aplica a los conflictos internos. Estas razones jurídicas explican, a juicio de Gasser, el por qué es necesario el Derecho Internacional Humanitario como conjunto de normas que limitan los efectos de la guerra sobre las personas y los bienes. GASSER, H-P.: “El Derecho Internacional Humanitario y la protección de las víctimas de la guerra”, CICR, 1998, pp. 1-8. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdle2.htm> (última consulta 14/04/2019).

ámbitos en los ésta se produce¹⁴⁴-. La especial vulnerabilidad de las mujeres a la violencia en estas situaciones ha sido constatada por los principales órganos de Naciones Unidas, incluido el Consejo de Seguridad, y por los órganos y mecanismos de derechos humanos. Todos ellos reclaman una especial y prioritaria atención a la situación de las mujeres para que los actos violentos contra ellas no queden impunes, principal problema que caracteriza estas situaciones¹⁴⁵. La doctrina que adopta una perspectiva de género sobre los conflictos armados considera que éstos, cualquiera que sea su índole, no son realidades neutras, sino que están marcadas por la estructura de género presente en cualquier sociedad. En este sentido, el Comité CEDAW afirma que la violencia que sufren las mujeres en situaciones de conflicto es principalmente un problema relacionado con el género y la discriminación¹⁴⁶. Las mujeres viven la experiencia de la guerra de forma diferente a los hombres por las responsabilidades y cometidos distintos que les marca la propia sociedad y la cultura en función de su sexo¹⁴⁷. De hecho, como señala Díez Peralta, las mujeres, a causa de su condición y

¹⁴⁴ La simbiosis entre violencia de género y conflictos armados se ha puesto de manifiesto en un estudio de las Naciones Unidas y el Banco Mundial que afirma que los niveles altos de desigualdad de género y de violencia de género en una sociedad pueden asociarse con una mayor vulnerabilidad a la guerra civil y la guerra entre Estados. Vid. United Nations, World Bank, 2018, *Pathways for Peace: Inclusive Approaches to Preventing Violent Conflict*. Washington, DC: World Bank © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28337> (última consulta 14/04/2019).

¹⁴⁵ La Asamblea General en diversas Resoluciones sobre la eliminación de la violencia contra la mujer condena los actos violentos dirigidos contra las mujeres y las niñas en situaciones de conflicto o análogas, ya sean perpetrados por el Estado, los particulares o por agentes no estatales, y reclama a los Estados y a la comunidad internacional que se centren de manera especial en la situación de las mujeres, les preste atención prioritaria y aseguren que los actos de violencia contra ellas no queden impunes. Vid. A/RES/71/170, cit. supra, Preámbulo; A/RES/62/134, cit. supra; A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo de todas las formas de violencia*, cit. supra. Véase también Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/29/L.16/Rev.1, cit. supra. El Consejo de Seguridad, por su parte, ha aprobado diversas Resoluciones en el marco del programa mujeres, paz y seguridad que han dinamizado la acción institucional en esta materia.

Sobre la vulnerabilidad de las mujeres que viven el conflicto armado, en un estudio del CICR de 2010 se afirma que, en los conflictos recientes se ha recurrido a mujeres y niños para que sirvieran de escudos en ataques a los combatientes. También se señala la especial vulnerabilidad de las mujeres a las separaciones familiares y al sufrimiento provocado por desconocer el paradero de familiares desaparecidos; así como las grandes responsabilidades que asumen las mujeres que no participan en las hostilidades en relación a la producción y provisión de alimentos y en la protección de la salud. Además, en los momentos posteriores a un conflicto, las mujeres desempeñan un papel clave en la reconstrucción de las comunidades. Vid. CICR “Personas protegidas por el DIH: mujeres”, 29-10-2010, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/women> (última consulta 15/04/2019).

¹⁴⁶ Vid. CEDAW/C/GC/35, Recomendación General número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, cit. supra. El Comité señala un vínculo explícito entre el género, la discriminación y la violencia contra la mujer relacionada con los conflictos.

¹⁴⁷ VILLELLAS ARIÑO, M.: “La violencia sexual como arma de guerra” en *Quaderns de Construcció de Pau*, Núm. 15, Escola de cultura de pau, Septiembre 2010, pp. 1-15, p. 5; LINDSEY, C: “Las mujeres y la guerra” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 82, Núm. 839, 2000, pp. 561-580, p. 564 y ss. Si se aplica una perspectiva que tenga en cuenta el género se pone en cuestión el hecho de que la génesis del conflicto sea independiente de la estructuras de poder en términos de género y se plantean serias dudas sobre la homogeneización de sus efectos y consecuencias. Como señala Lindsey, los conflictos

sexo, padecen doblemente los efectos y amenazas de la guerra: por un lado, los efectos como población civil, y por otro, los derivados de ser el blanco de violaciones y otras agresiones sexuales que se cometen de forma sistemática y generalizada, en el marco de planes y estrategias de guerra diseñados deliberadamente para humillar, desestabilizar familias y comunidades y desmoralizar a la otra parte del conflicto¹⁴⁸.

Aunque no podemos reducir todas las manifestaciones de violencia contra la mujer que pueden sufrir las mujeres durante los conflictos armados a la violencia sexual, ésta es sin duda la forma más extendida de agredir a una mujer y una de las que tiene más graves consecuencias para la víctima. La explicación del extendido uso de la violación y violencia sexual como arma de guerra –que persigue, según Naciones Unidas, el sometimiento de la víctima mediante el terror, y la humillación a toda la comunidad enemiga¹⁴⁹–, se encuentra, para algunos autores, en el marco social patriarcal y su concepción del cuerpo femenino, presentes tanto en tiempos de paz como de guerra. Así, para Caballero Rico, la violencia contra la mujer en las situaciones de conflicto se puede interpretar como una extensión de la violencia a la que se somete a la mujer en tiempos de paz. En su opinión, la evolución sufrida por los países desarrollados en su derecho interno, adecuándose a las normas internacionales de protección de los derechos de la mujer, no ha tenido el mismo efecto en los países en vías de desarrollo y en el tercer mundo, cuya sociedad sigue manteniendo estructuras patriarcales y discriminatorias, que desencadenan la violencia contra la mujer cuando

obligan a las mujeres a desarrollar nuevas destrezas y a asumir mayores responsabilidades cuando los hombres marchan al frente, están detenidos, desaparecidos, exiliados o fallecidos. Para las mujeres, los conflictos armados no sólo acarrear la violación sexual, sino también la separación, la pérdida de miembros de la familia y de los medios de subsistencia. Estas pérdidas las obligan a desempeñar papeles no acostumbrados y a desarrollar nuevas destrezas, tienen que asumir una mayor responsabilidad por sus hijos y sus parientes ancianos cuando los hombres se marchan al frente o están internados, detenidos, desaparecidos, fallecidos o han marchado al exilio. A veces se encuentran en la tesitura de huir–convirtiéndose en refugiadas– o permanecer en la zona de conflicto para cuidar de los bienes de su familia o de sus miembros ancianos, niños o enfermos. En otras ocasiones se ven obligadas a albergar y a alimentar a los soldados, quedando expuestas al riesgo de represalias y sometidas a amenazas contra su seguridad y las de sus hijos; o tienen que restringir sus movimientos debido a la presencia de las fuerzas armadas, lo que limita su acceso al suministro de agua, alimentos o asistencia médica. El hecho de que muchas mujeres sobrevivan a sus compañeros muertos o desaparecidos acarrea consecuencias importantes pues las viudas en muchos lugares pueden perder sus derechos a la tierra, a la casa, a la herencia, a la asistencia social o a las pensiones, y esto puede llegar a convertirlas en víctimas de violencia y ostracismo.

¹⁴⁸ DÍEZ PERALTA, op.cit., p.112.

¹⁴⁹ Naciones Unidas dispone de los siguientes datos que muestran la prevalencia de la violación en los conflictos acaecidos a finales del siglo XX: 60.000 mujeres violadas durante la guerra civil de Sierra Leona (1991-2002), más de 40.000 en Liberia (1989-2003), 60.000 en las guerras de la antigua Yugoslavia (1992-1995) y al menos 200.000 en los últimos 12 años de guerra de la República Democrática del Congo. Vid. <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/> (última consulta 14/04/2019).

estalla el conflicto¹⁵⁰. De la misma opinión, Vilellas Ariño considera que el marco social patriarcal legítima y da lugar a la violencia sexual en los conflictos armados, en un *continuum* que lleva la violencia sexual en contextos de paz a su uso en contextos de guerra¹⁵¹. Chinkin señala, por su parte, que, aunque tanto hombres como mujeres pueden ser -y son- víctimas de agresiones, en términos numéricos la violación es esencialmente un crimen cometido contra las mujeres, que sufren además unos efectos de ese crimen que no son compartidos por los hombres¹⁵². En nuestra opinión, el análisis de los conflictos armados que no tenga en cuenta la perspectiva de género y la discriminación que sufren las mujeres -antes, durante y después del conflicto- se convertirá en un análisis parcial y miope que difícilmente puede encontrar respuestas adecuadas para subsanar las carencias que presenta el Derecho Internacional en la materia.

En situaciones de conflictos armados y análogas, los Estados tienen obligaciones específicas derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, y del Derecho Internacional Penal cuyas normas sancionan las conductas más graves que atentan contra los derechos humanos¹⁵³. La actual

¹⁵⁰ CABALLERO RICO, S.: “La conculcación de los derechos humanos de la mujer como hilo fundamental de los delitos sexuales cometidos en tiempo de conflicto armado”, en *Género y Derechos Humanos*, GARCÍA INDA, A., LOMBARDO, E. (Coord.), Mira Ed., Zaragoza, 2002, pp. 403-416, p. 405, 406 y 413. Para algunas autoras la violación puede llegar a ser una representación simbólica de actitudes sociales y culturales que consideran masculina cualquier forma de agresión no inhibida, signo de virilidad, poder, potencia, etc. y femenina toda inhibición, pasividad, sumisión, etc. Un síntoma de una sociedad que utiliza constantemente el cuerpo de la mujer como un objeto despersonalizado y deseable desde el punto de vista sexual o erótico. Vid. LÓPEZ SOSA, C.: “La violación: una lectura desde el rol de género” en *Estudios multidisciplinarios de género*, N. 1, 2004, Universidad de Salamanca, Centros de Estudios de la Mujer, pp. 227-239.

¹⁵¹ Vid. VILLELLAS ARIÑO, op. cit. p. 7.

¹⁵² “Although both men and women can be and are raped, causing severe injury for both, in terms of numbers rape is essentially a crime committed against women. Further, women suffer from particular after-effects in rape that are not shared by men”. CHINKIN, C.: “Rape and Sexual Abuse of Women International Law” en *European Journal of International Law*, 1994, núm. 3, pp. 326-341.

¹⁵³ La protección de las personas durante los conflictos bélicos se encuentra regulada, como es sabido, en el Derecho Internacional Humanitario, cuyos orígenes se sitúa en dos ramas del derecho: el Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra; distinción hoy superada, pues, como sostiene la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su *dictamen sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (1996), ambas ramas del Derecho han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se han convertido en un régimen complejo único. Vid. A/51/218, 19 julio de 1996, “Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, párrafo 75. También los autores han subrayado esta unidad, sin atribuir ningún alcance jurídico a la distinción entre ambos Derechos, más que a efectos puramente analíticos. Vid. BUGNION, F.: “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 844, Diciembre 2001, pp. 901 y ss. 1-14, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdqeh.htm> (última consulta 15/04/2019).

Las Conferencias de La Haya llevaron a cabo la labor de codificación de las llamadas “leyes y usos de la guerra”, normas relativas a la conducción de las hostilidades que establecen los derechos y obligaciones de los beligerantes y las limitaciones de los métodos y medios que pueden utilizar para causar daño al

convergencia de estas ramas del Derecho Internacional permite establecer vínculos cada vez más estrechos entre estos ámbitos jurídicos¹⁵⁴. De hecho, algunos expertos abogan por la necesidad de elaborar instrumentos que combinen elementos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que puedan aplicarse tanto en tiempos de paz como de guerra. La Declaración de Turku puede servir como ejemplo de un instrumento de estas características¹⁵⁵. Los órganos principales de Naciones Unidas y los mecanismos de derechos humanos se han pronunciado sobre la necesidad de respetar el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos durante los conflictos armados y situaciones similares, para impedir y combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, incluidas la violencia sexual y por razón de género. En este sentido se ha pronunciado la Asamblea General en numerosas Resoluciones, el Consejo de Derechos Humanos y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, entre otros¹⁵⁶. En la actualidad, además, se constata una interrelación entre las acciones de la

enemigo. El Derecho de La Haya lo conforman las cinco Convenciones adoptadas en la I Conferencia de Paz de La Haya celebrada en julio de 1899 y las siete Convenciones firmadas durante la II Conferencia de Paz de La Haya de octubre de 1907. La labor de las Conferencias de LaHaya se basó en la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874.

Las normas de Ginebra, por su parte, que comprenden los Convenios de 1864, 1906, 1929 y 1949, tienen por objeto la protección de las víctimas de la guerra, del personal incapacitado de las fuerzas armadas y de las personas que no toman parte de las hostilidades. Los Protocolos Adicionales de los Convenios de Ginebra de 1949 actualizaron y desarrollaron no sólo las normas relativas a la protección de las víctimas de la guerra, sino también las que rigen la conducción de las hostilidades, materializando en sus textos la unidad y la convergencia del Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra.

¹⁵⁴ En opinión de Doswald-Beck y Vité, una de las semejanzas conceptuales entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos humanos se encuentra en la propia consideración de la guerra como un medio no lícito para solucionar un conflicto. El uso de la fuerza es en sí mismo una violación de los derechos humanos. La cuestión fundamental que se plantean los autores es saber si los derechos humanos deben seguir aplicándose en caso de conflicto armado. Y ante esa cuestión concluyen que tanto los tratados de derechos humanos como las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario contemplan una serie de derechos, que constituyen el “núcleo duro” de los derechos humanos, que no pueden ser derogados en tiempo de guerra y que deben respetarse siempre: el derecho a la vida, la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos, la prohibición de esclavitud y la prohibición de aplicar las penas de forma retroactiva. DOSWALD-BECK, L., VITÉ, S.: “Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Volume 18 Issue 116, número especial, 1993, pp. 99-126. De la misma opinión, Gasser afirma la convergencia entre los objetivos de los derechos humanos y los del derecho humanitario, ya que ambos pretenden restringir el poder de las autoridades del Estado con objeto de salvaguardar los derechos fundamentales del individuo. Para este autor, el derecho humanitario constituye un conjunto especializado de normas que dependen del derecho de los derechos humanos, adaptadas a los casos de conflicto armado. *Vid.* GASSER, op.cit. p.5.

¹⁵⁵ *Vid.* Comisión de Derechos Humanos, informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub.2/1994/56, 28 octubre 1994, Resolución 1994/26, Declaración de Turku, Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas.

¹⁵⁶ Entre los instrumentos más tempranos de la Asamblea General destacamos: la Resolución sobre los derechos humanos en los conflictos armados (Resolución 2444 (XXIII), 19 diciembre 1968), y la Declaración 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974 sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. Conforme a estos instrumentos, los Estados debían

Asamblea General y el Consejo de Seguridad tanto en el plano formal como sustantivo en relación con las actividades en torno a las mujeres, la paz y la seguridad¹⁵⁷. En línea con lo anterior, la Iniciativa de Naciones Unidas para detener la violencia sexual en situaciones de conflicto, surgida en 2007, aglutinó la labor de 12 organismos de la ONU con el propósito común de eliminar la violencia sexual en situaciones de conflicto mediante la coordinación, la rendición de cuentas y el apoyo a los esfuerzos nacionales orientados a prevenir y responder a este tipo de violencia¹⁵⁸.

El Comité CEDAW, por su parte, en la Recomendación General número 30 específica sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, adoptando un enfoque integral y complementario del Derecho Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, analiza y extiende la aplicación de la Convención CEDAW a los conflictos armados internacionales e internos, a las situaciones de ocupación extranjera y otras formas de ocupación, a la prevención de los conflictos y a la fase posterior al conflicto. El Comité

desplegar todos los esfuerzos necesarios para evitar los estragos de la guerra a las mujeres y niños, y adoptar medidas para garantizar la prohibición de actos de persecución, tortura, medidas punitivas, tratos degradantes y violencia. Todas las formas de represión y de tratos crueles e inhumanos a mujeres y niños -incluidas la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso- se considerarían actos criminales.

Entre las Resoluciones más recientes de la Asamblea General y del Consejo de Derechos Humanos que hacen referencia a la eliminación de la violencia contra la mujer durante los conflictos armados, *vid.* A/RES/71/170, Preámbulo y punto 9, cit. supra, y A/HRC/29/L.16/Rev.1, cit. supra.

Sobre el conflicto en la ex Yugoslavia en particular, véase: A/RES/48/143, Asamblea General “Agresión y violación de mujeres en zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia”, 5 enero 1994, párrafos 1 a 13; E/1993/27-E/CN.6/1993/18, Resolución 37/3 de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, de 24 de marzo de 1993, párrafos 1 a 8; E/CN.4/RES/1994/77, 9 marzo 1994, sobre “Agresión y violación de mujeres en el territorio de la antigua Yugoslavia”, y E/CN.4/SUB.2/RES/1993/9, 20 agosto 1993 sobre la situación en Kosovo.

Véase también: Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, E/1998/27-E/CN.6/1998/12, Conclusiones de 1998 sobre la mujer y los conflictos armados; E/2013/27-E/CN.6/2013/11, Conclusiones de 2013 que destacan la prevención y respuesta a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia sexual y de género, en situaciones de conflicto armado y posteriores a los conflictos.

¹⁵⁷ LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 157.

¹⁵⁸ Participan en la Iniciativa ACNUDH, ACNUR, DAP, DOMP, FNUAP, OCAH, OMS, ONUSIDA, PMA, PNUD, UNICEF y UNIFEM (hoy ONU Mujeres). Disponible en <http://www.stoprapenow.org/> (última consulta 15/04/2019). En esta misma línea de condena, pero fuera del ámbito de la ONU, el llamado grupo del G8 presentó en 2013 una declaración conjunta sobre la prevención de la violencia sexual en los conflictos, en la que calificaba la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes de guerra que constituían graves violaciones de los Convenios de Ginebra y que afectaban a muchas mujeres y niñas, pero también a los hombres. Un análisis de la Declaración del G8 en PALACIÁN DE INZA, B.: “La Declaración del G-8 sobre la prevención de la violencia sexual en conflicto”, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Análisis 28/2013, 13 mayo 2013. El acuerdo más destacado de esta Declaración es el compromiso de sus firmantes de poner en marcha un Protocolo Internacional para la Investigación y Documentación de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/376552/low_res_PSVI_Protocol_FULL-es.pdf (última consulta 15/04/2019).

afirma que los derechos de la mujer, en todas las situaciones de crisis están garantizados por un régimen de Derecho Internacional que consiste en protecciones complementarias en virtud de la Convención CEDAW, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Penal”¹⁵⁹. Si bien es cierta esta confluencia, algunos autores señalan que aún no se ha reconocido la necesidad de que los derechos humanos de la mujer ocupen un lugar especial en el Derecho Internacional Humanitario¹⁶⁰. Tiene algo que ver en esto, a nuestro modo de ver, el hecho de que ninguno de los grandes textos internacionales de derechos humanos haga referencia expresa a las distintas formas de violencia contra la mujer en cualquier contexto, tanto de paz como de conflicto armado.

Dada la convergencia y complementariedad de estas tres ramas del Derecho Internacional -Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal-, la visión global del grado de protección internacional de las mujeres antes, durante y después de los conflictos armados únicamente la podemos obtener si analizamos en conjunto sus normas.

3.1.- La protección de las mujeres en el Derecho Internacional Humanitario.

La protección de la integridad de la mujer frente a actos de violencia – particularmente violaciones y abusos sexuales- en las llamadas leyes y usos de la guerra es prácticamente inexistente con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, más allá del principio de trato diferenciado en función del sexo que rige la protección de la mujer en los primeros tratados de Derecho Humanitario. Así, el Código de Lieber de 1863 - primer intento de codificación sistemática del Derecho de la guerra- recogía algunas referencias específicas que afectaban a las mujeres, entre ellas, la temprana prohibición de la violación sexual a mujeres¹⁶¹. El Reglamento sobre las leyes y costumbres de la

¹⁵⁹ CEDAW/C/GC/30, 2013, Recomendación General número 30 sobre las mujeres sobre las mujeres en la prevención de conflictos, conflictos y situaciones post-conflicto, párrafos 20 a 41. El Comité afirma que la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar la trata, la violencia sexual y por razón de género, se ve reforzada por el Derecho Penal Internacional, incluida la jurisprudencia internacional de los tribunales penales y mixtos y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁶⁰ GARDAM, J.: “La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 23, núm. 147, septiembre 1998, pp. 453-467, p. 459.

¹⁶¹ Este texto sin embargo, tuvo una aplicación limitada, en cuanto Instrucciones para los Ejércitos de los Estados Unidos. Código de Lieber o Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña. El artículo 19 establece la obligación de informar al enemigo de la intención de bombardear una plaza para que los no combatientes, en especial mujeres y niños, puedan ser retirados antes del bombardeo; el artículo 37 contempla el reconocimiento y protección de los habitantes de los

guerra terrestre de 1907 -fruto de la codificación emprendida en las Conferencias de La Haya- recoge una disposición que, a juicio de algunos autores podía tener algún efecto sobre la protección de la mujer, particularmente frente a todas las formas de abusos sexuales, y que consiste en el deber de respetar el honor y los derechos de familia, la vida de los individuos y la propiedad privada¹⁶². Esta endeble protección de la población civil se vio reforzada con la Cláusula Martens incluida en los Convenios de la Haya, que afecta a la protección de las mujeres como integrantes mayoritarias de la población civil¹⁶³. Tras la experiencia de la Primera Guerra Mundial en la que un gran número de mujeres, directa o indirectamente, participaron en actividades relacionadas con la guerra¹⁶⁴, la Convención de 1929 relativa al trato de prisioneros de guerra

países hostiles ocupados, en especial de las mujeres; los artículos 44 y 47 prohíben, entre otros, la violación sexual; el artículo 50 considera prisioneros de guerra a las personas que acompañan al ejército y a los miembros femeninos de la familia reinante hostil; el artículo 53 excluye de la categoría de prisioneros de guerra a las enfermeras y auxiliares del enemigo; y el artículo 102 dispone la aplicación del derecho de guerra, sin distinción por razón de sexo, al espía, traidor o rebelde de guerra. Texto disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1158/4.pdf> (última consulta (15/04/2019)).

¹⁶² Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, IV Convenio de La Haya de 1907, artículo 46. Disponible en la base de datos del CICR <http://www.cruzroja.es/>. Vid. OJINAGA RUIZ, M.R.: “La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario” en *Derecho Internacional Humanitario*, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2007, pp. 583-614; MERON, T.: “Rape as a crime under International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, Editorial Comment, July 1993, Vol. 87, Núm. 3, pp. 424-428.

¹⁶³ La Cláusula Martens alude al derecho de gentes, a los usos, a las leyes de humanidad y a la conciencia pública para su aplicación en los casos no comprendidos en las leyes escritas y fue incluida por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de guerra terrestre de 1899, se repitió en el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y, más tarde, en su versión actualizada, fue recogida en el artículo 1.2 del I Protocolo Adicional de 1977 de los Convenios de Ginebra. En opinión de la CIJ, la Cláusula Martens remite a las normas no positivadas de obligado cumplimiento, a principios generales válidos para todos los conflictos armados, intransgredibles, normas que forman parte del *ius cogens* y que constituyen “principios elementales de la humanidad”. Vid. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, cit. supra, párrafo 79.

¹⁶⁴ Esto no significa que no haya habido a lo largo de la Historia numerosos ejemplos de mujeres que han participado activamente en los combates, algunas de ellas protagonizando, incluso, hechos bélicos heroicos que las convirtieron en leyenda; si bien es cierto que la mayoría de estas mujeres legendarias tuvieron que hacerse pasar por hombres y sufrir grandes calamidades para ser admitidas entre la tropa. Vid. VALCÁRCEL, I.: “Mujeres de armas tomar”, Algaba Ediciones, Madrid, 2005. Al margen de estos casos excepcionales, en mayor o menor grado, las mujeres han tomado parte en actividades relacionadas con las guerras. Ejemplos de esta participación los tenemos en las llamadas vivanderas que seguían a los ejércitos para vender víveres y bebidas a los soldados (siglos XVII y XIX), o en las mujeres que en la retaguardia atendían a los soldados heridos. Durante la Primera Guerra Mundial en Alemania, por ejemplo, las mujeres, sin estar incorporadas directamente en las unidades combatientes, contribuyeron a las actividades bélicas. Además de trabajar en las fábricas de armamento, desarrollaron tareas cerca del frente (avitallamiento, depósitos de municiones, etc.), y en marzo de 1917 67.877 mujeres reemplazaron a los hombres que estaban en el frente. Vid. JANSSEN, R.: “Fragüen ans Gewehr”, Colonia 1980, pp. 11-19, citado por KRILL, F.: “La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 72, diciembre-enero 1985, pp. 347-375, p. 360.

incorporó dos disposiciones específicas que hacían referencia al trato de las mujeres prisioneras en el que debía tenerse en cuenta las consideraciones debidas a su sexo¹⁶⁵.

La escasa protección que hasta ese momento proporcionaba el Derecho Internacional durante los conflictos armados impulsó la elaboración, tras la Segunda Guerra Mundial -un conflicto caracterizado por una violencia sin precedentes que marcó un antes y un después en la Historia de la humanidad y que agitó la conciencia de la sociedad sobre la enorme desprotección de la población civil- de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –ratificados universalmente- y sus Protocolos Adicionales¹⁶⁶. Estos instrumentos, considerados los pilares del Derecho Internacional Humanitario¹⁶⁷, recogen las normas esenciales que rigen el sistema de protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades¹⁶⁸.

Los Convenios de Ginebra no definen lo que debe entenderse por conflicto armado, concepto que en la actualidad engloba lo que la doctrina denomina “nuevas

¹⁶⁵ Artículos 3 y 4 del Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, 27 de julio de 1929, (Gaceta de Madrid número 259/1930, 11 de octubre de 1930). Con anterioridad a la Primera Guerra Mundial las mujeres que participaban en las actividades de la guerra gozaban de la misma protección de la que se beneficiaban los hombres. Así, las mujeres heridas en campaña estaban protegidas por las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte que corrían los militares heridos en los ejércitos en campaña, y las prisioneras de guerra estaban protegidas por las disposiciones del Reglamento de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. *Vid.* Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Textos disponibles en la web de Comité Internacional de Cruz Roja: <https://www.icrc.org/> (última consulta 15/04/2019).

¹⁶⁶ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Todos ellos adoptados el 12 agosto 1949 (196 Estados Partes). I Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio 1977 (174 Estados Partes); II Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio 1977 (168 Estados Partes). III Protocolo Adicional relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, 8 diciembre 2005, (72 Estados Partes). Los Protocolos, a diferencia de los Convenios de Ginebra, no han sido ratificados universalmente. Textos disponibles en la web de Comité Internacional de Cruz Roja: <https://www.icrc.org/> (última consulta 15/04/2019).

Los Convenios de Ginebra fueron ratificados por España el 4 agosto 1952, (BOE 26 agosto 1952). El I y II Protocolo Adicional fueron ratificados por España el 8 de junio de 1977 (BOE núm. 177, 26 julio de 1979). El III Protocolo Adicional fue ratificado por España el 10 de diciembre de 2010 (BOE núm. 42, 18 febrero 2011).

¹⁶⁷ SPOERRI, P.: “Los Convenios de Ginebra de 1949: orígenes y pertenencia actual”, Discurso pronunciado en la ceremonia del 60º aniversario de los Convenios de Ginebra, Director de Derecho Internacional del CICR, 2009. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm> (última consulta 15/04/2019).

¹⁶⁸ Los Convenios extienden su aplicación, no sólo a los Estados Partes involucrados en el conflicto, sino también a los Estados neutrales y a las llamadas potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto controlando la aplicación de los tratados. *Vid.* I Convenio de Ginebra, artículos 2, 4 y 8; II Convenio de Ginebra, artículos 2, 5 y 8; III Convenio de Ginebra, artículos 2 y 8; IV Convenio de Ginebra, artículos 2 y 9.

guerras”, caracterizadas, en relación con la noción tradicional, por sus diferentes objetivos, métodos de lucha y modos de financiación¹⁶⁹. De hecho, la doctrina ha señalado que uno de los elementos constitutivos *per se* de las nuevas guerras es la violencia sexual¹⁷⁰ que, como sabemos, afecta desproporcionadamente a las mujeres¹⁷¹. Así pues, la laguna jurídica que supone la ausencia de una definición de conflicto armado en los Convenios de Ginebra puede contribuir, a juicio de los autores, a una mayor desprotección de las mujeres y las niñas frente a las actuales tipologías de conflictos porque puede dejarlas fuera del campo de aplicación del Derecho Humanitario¹⁷². A pesar de que los Convenios no definen lo que debe entenderse por conflicto armado, sí establecen una distinción entre conflicto internacional -situación de “guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”¹⁷³-, y conflicto interno - “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”-¹⁷⁴. La regulación de los conflictos internos –la mayoría, en la actualidad¹⁷⁵- se encuentra en el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra -denominado “el minitratado” por su autonomía y

¹⁶⁹ CHINKIN, C., KALDOR, M: “Gender and New Wars” en *Journal of International Affairs*, vol. 67, 2013, numero 1, pp. 167-185; SEGURA, C: “Las nuevas guerras del siglo XXI. Tendencias de la conflictividad armada contemporánea”, *Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, WP número 323, 2013; LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales de violencia sexual...* op. cit., p. 21.

¹⁷⁰ Vid. LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales de violencia sexual...* op. cit., pp. 22 y ss. Para las autoras la irrupción de nuevos actores en las nuevas guerras deriva en una pluralidad de autores que pueden cometer violencia sexual –grupos terroristas, personal de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, entre otros- y en una pluralidad de víctimas de este tipo de violencia, entre los que se incluyen los hombres y los niños.

¹⁷¹ Un ejemplo reciente de cómo un contendiente en un conflicto puede utilizar jactanciosamente la violencia sexual para alcanzar su objetivo militar sin ningún pudor y con total impunidad lo representa el caso de Boko Haram y sus más de 2.000 mujeres y niñas secuestradas y forzadas a la esclavitud sexual. Vid. Amnistía Internacional: “Our job is to shoot, slaughter and kill, Boko Haram's reign of terror in north-east Nigeria”, 2015. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org> (última consulta 15/04/2019). El informe documenta los múltiples crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad perpetrados por Boko Haram, los brutales métodos empleados por el grupo armado en el nordeste de Nigeria, donde hombres y niños son reclutados con regularidad o ejecutados sistemáticamente y donde a las mujeres y a las niñas se las secuestra, encarcela y, en ocasiones, se las viola, se las obliga a contraer matrimonio y se las hace participar en ataques armados, a veces contra sus propias ciudades y pueblos.

¹⁷² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, El *gender mainstreaming...*, op.cit., pp. 511-512. Jiménez Sánchez aporta tres razones de la mayor desprotección de mujeres y niñas ante las nuevas tipologías de conflictos: a) la ausencia de una definición legal de “conflicto armado” y de las categorías mixtas actuales de conflictos armados, que pueden dejar fuera del campo de acción del Derecho Internacional humanitario situaciones de violencia; b) la falta de respeto del principio de distinción de población; y c) el desarrollo de la violencia en los núcleos urbanos.

¹⁷³ Vid. Artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

¹⁷⁴ Vid Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

¹⁷⁵ Vid. SPOERRI, cit. supra.

suficiencia- y en el Protocolo Adicional que lo desarrolla¹⁷⁶. La diferente regulación de ambos tipos de conflictos dió lugar a algunas anomalías en el ámbito judicial -por ejemplo, a la hora del enjuiciamiento de los crímenes acaecidos en la antigua Yugoslavia¹⁷⁷-, lo que ha provocado una corriente a favor de su desaparición por considerarla artificial e insuficiente a la hora de abordar los conflictos armados internacionalizados, es decir, aquellos que presentan simultáneamente las características de un conflicto interno y de un conflicto internacional¹⁷⁸. En el *caso Tadic*, el propio Tribunal para la antigua Yugoslavia manifestó que si el Derecho Internacional debe procurar progresivamente la protección del ser humano “lo natural es que la dicotomía mencionada –conflicto internacional/conflicto interno- pierda gradualmente fuerza”¹⁷⁹.

Los principios fundamentales sobre los que gira la protección de la mujer en los cuatro Convenios de Ginebra son: el principio de no discriminación -prohibición de hacer distinción de índole desfavorable basada en el sexo-¹⁸⁰ y el principio de trato diferenciado -el trato dispensado a la mujer “con todas las consideraciones debidas a su

¹⁷⁶ Vid. Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y II Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹⁷⁷ HEALY, S.A.: “Prosecuting rape under the statute of the war crimes Tribunal for the former Yugoslavia” en *Brooklyn Journal of International Law*, Volume XXI, Number 2, 1995, pp. 327-383. “The artificial distinction between international and internal armed conflicts raises the potential anomaly that a Serbian soldier who rapes a Bosnian Muslim may be charged with committing a grave breach, while a Bosnian Serb who rapes a Bosnian Muslim would not, although he could be “tried for Crimes Against Humanity or Genocide”, p. 343.

¹⁷⁸ MERON, T.: “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, *American Journal International Law*, 78, 80, 1994; STEWART, J.: “Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 85, núm. 850, 30 junio 2003, pp. 313-350. Stewart apunta como factores que han impedido abordar de manera correcta la incidencia de los conflictos internacionalizados, además de las divergentes normas aplicables de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos, la manipulación política de la que ha sido objeto la dicotomía internacional/no internacional en el Derecho Internacional Humanitario. El autor aboga, en consecuencia, por un análisis a fondo de los aspectos sustantivos de un derecho único de los conflictos armados en pro de una mejor protección humanitaria durante los conflictos armados internacionalizados.

¹⁷⁹ *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 97: “...Why protect civilians from belligerent violence, or ban rape, torture or the wanton destruction of hospitals, churches, museums or private property, as well as proscribe weapons causing unnecessary suffering when two sovereign States are engaged in war, and yet refrain from enacting the same bans or providing the same protection when armed violence has erupted “only” within the territory of a sovereign State? If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight.”

¹⁸⁰ El principio de no discriminación implica la prohibición de hacer distinción de índole desfavorable basada, entre otras circunstancias, en el sexo de la persona, y aparece mencionado en los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Vid. Artículo 3 común; artículo 12 del I Convenio; artículo 12 del II Convenio; artículo 16 del III Convenio; artículos 13 y 27 del IV Convenio; artículos 9 y 75 del I Protocolo Adicional; y artículo 2 del II Protocolo Adicional. Ojinaga Ruiz advierte la deficiencia técnica que supone la ausencia de una definición del concepto de discriminación y las variaciones en la formulación del principio en cada instrumento jurídico, ya que no todos incluyen la mención explícita del sexo como circunstancia discriminatoria. Vid. OJINAGA RUIZ, *La protección de la mujer ... op. cit.* pp. 590-591.

sexo”¹⁸¹-, ambos complementarios¹⁸². En particular, la protección de las mujeres combatientes¹⁸³, las que participan directamente en las hostilidades, ya sea como miembros de las fuerzas armadas o como prisioneras de guerra, reciben, conforme al III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, la misma protección que los hombres -principio de humanidad¹⁸⁴- reforzada con medidas específicas que tienen en cuenta las consideraciones debidas a su sexo en relación con la maternidad -estancias separadas, prioridad de las mujeres embarazadas, etc.-¹⁸⁵. La protección de las mujeres como miembros de la población civil, que es como mayoritariamente sufren los efectos de los conflictos armados, también se refuerza, a tenor de lo previsto en el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, con medidas específicas que se otorgan a las

¹⁸¹ El trato diferenciado tiene por finalidad proteger el embarazo, el parto y la maternidad, la especificidad fisiológica de la mujer, y su honor y su pudor. La mujer embarazada, la parturienta o la madre de niños de corta edad, reciben protección en un amplio conjunto de disposiciones; si bien, debe señalarse que se trata, en unos casos, de una protección instrumental dirigida al *nasciturus*, al lactante, o al niño de corta edad, y, en otros casos, de una protección equiparable a la de los heridos, enfermos y otros grupos vulnerables -equiparación que se menciona de manera explícita en el artículo 8 a) del Protocolo I-. Vid. artículos 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 38, 50, 89, 91, 127, 132 del IV Convenio de Ginebra; artículos 70, 76.2, 76.3 del I Protocolo Adicional; artículo 6.4 del II Protocolo Adicional.

La especificidad fisiológica de la mujer como bien protegido se deduce de la consideración del criterio del sexo a la hora de regular diversas situaciones en las que se pudieran encontrar las mujeres prisioneras de guerra -por ejemplo, su empleo como trabajadoras o la imposición de castigos disciplinarios-; o las que forman parte de la población civil -por ejemplo, el trato debido a las internas en el cumplimiento de castigos disciplinarios-. Vid. artículos 49 y 88 del III Convenio de Ginebra; artículo 119 del IV Convenio de Ginebra.

El artículo 27 del IV Convenio establece que las mujeres deben estar especialmente protegidas contra todo atentado a su honor, en particular contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. En general, todas las personas protegidas, a tenor de este artículo, tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Todas las personas serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Vid. artículos 25, 29, 97 y 108 del III Convenio de Ginebra; artículos 27, 76, 85, 97 y 124 del IV Convenio de Ginebra; artículos 75.1 y 75.5 del I Protocolo Adicional; artículos 4.2 e) y 5.2 a) del II Protocolo Adicional.

¹⁸² Vid. OJINAGA RUIZ, *La protección de la mujer...*, op. cit., p. 590 y ss.; KRILL, op. cit. p. 348 y ss.

¹⁸³ Algunos países y culturas niegan o restringen la participación de la mujer en sus fuerzas armadas en calidad de combatiente. Vid. LINDSEY, op. cit.

¹⁸⁴ Vid. Artículo 13 del III Convenio de Ginebra. Los prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente en todas las circunstancias.

¹⁸⁵ La protección específica se concreta en diversas medidas: el trato con todas las consideraciones debidas a su sexo; la reserva de estancias separadas de los hombres; la consideración a su sexo en el momento de ser empleadas como trabajadoras; la prohibición de penas más severas que las que correspondan a los hombres; la detención en locales separados de los ocupados por los hombres y bajo vigilancia de mujeres; y la prioridad absoluta de las mujeres encintas y madres de niños de corta edad en el momento de su liberación o en el de su repatriación y hospitalización en caso de que resulten heridas y enfermas. Vid. artículos 14.2, 25, 29.2, 49, 88, 97 y 108 del III Convenio de Ginebra; artículos 75.5 y 76.2 del I Protocolo Adicional; párrafo 7 B del Acuerdo modelo sobre la repatriación directa y la hospitalización en país neutral de los prisioneros de guerra heridos y enfermos anejos al III Convenio de Ginebra.

mujeres embarazadas y a las madres¹⁸⁶, y con la tutela contemplada en el artículo 27 del aludido Convenio contra los abusos o cualquier acto de violencia o intimidación que no respete su vida o su integridad física y moral¹⁸⁷.

En relación con este último punto -la protección frente a los abusos y la violencia-, el apartado 2 del artículo 27 dispone que “las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. Esta disposición ha suscitado opiniones encontradas en la doctrina. Así, para Krill supone un avance del Derecho Internacional Humanitario en la medida que amplía el círculo de los beneficiarios a todas las mujeres que están en el territorio de las partes en conflicto, al tiempo que supone una ampliación del PIDCP, que no recoge disposiciones particulares en este sentido¹⁸⁸. Gardam, por su parte, señala como un hecho muy significativo que en este artículo figure la primera disposición específica referida a la práctica de la violación¹⁸⁹. Otros autores opinan que la palabra “honor” del artículo 27.2 del IV Convenio incorpora la noción de la mujer como propiedad y no reconoce la naturaleza salvaje de la violación. El bien que se protege no es la mujer en sí misma sino una atribución o “valor” que se predica de ella, de tal manera que esta disposición no considera a las mujeres como individuos en sí mismos sino en términos de su relación con los demás, y las previsiones respecto a ellas están planteadas en términos de protección y no de prohibición. En esta línea, Lindsey afirma que vincular la violencia sexual con el honor

¹⁸⁶ Las mujeres se benefician de la protección general que se otorga a la población civil y de la protección específica que se otorga a las mujeres encinta o parturientas y a las madres lactantes y de niños de corta edad. Así, las mujeres encintas o parturientas gozan de la misma protección que se concede a los heridos y enfermos, pueden ser acogidas en las zonas sanitarias y de seguridad, y se benefician del libre paso que deben autorizar los Estados para permitir el envío de socorros: medicamentos, material sanitario, víveres indispensables, ropa y tónicos. Este último trato privilegiado o de especial protección fue ampliado en virtud del I Protocolo Adicional a las madres lactantes. El IV Convenio de Ginebra también establece medidas específicas referidas al trato debido a las internas civiles y el trato debido a las mujeres privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto. Estas medidas apuntan a las condiciones en las que se debe producir el internamiento, arresto o detención, con separación de estancias respecto a los hombres, o la prioridad a favor de las parturientas, embarazadas, mujeres lactantes y madres de niños de corta edad. En relación con la pena de muerte, los Protocolos Adicionales no establecen una prohibición taxativa de que se impongan sentencias de pena de muerte contra las mujeres que van a ser o son madres de niños pequeños, pero sí la prohibición de ejecutar tales sentencias en el caso de estas mujeres. *Vid.* entre otros, Título II del IV Convenio de Ginebra; artículos 14, 16, 17, 21, 22 y 23, 38 y 50 del IV Convenio de Ginebra; artículos 8 y 70 del I Protocolo Adicional.

Como confirma Ojinaga, las medidas de protección específicas siguen reservándose a las mujeres en relación con la maternidad y por equiparación a los enfermos y heridos. *Vid.* OJINAGA RUIZ, *La protección de la mujer...* op. cit. pp. 595 y ss.

¹⁸⁷ *Vid.* Título III del IV Convenio de Ginebra y artículo 27.1.

¹⁸⁸ *Vid.* KRILL, op. cit. p. 350 y ss.

¹⁸⁹ *Vid.* GARDAM, op. cit., p.454.

“parece más un juicio de valor que una protección material de las mujeres”¹⁹⁰. Afortunadamente, con el tiempo, la protección en esta materia se amplió mediante la adopción del I Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, cuyo artículo 76.1 eliminó el término honor limitándose a establecer que “las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor.” Por otro lado, es importante resaltar que, pese a la gravedad y persistencia de la utilización de la violación y otras formas de violencia sexual como arma de guerra en los conflictos armados, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales no sancionan de forma expresa la violación y la violencia sexual como infracciones graves tipificadas en el artículo 147 de los tratados, aunque el Comité Internacional de la Cruz Roja es favorable a su inclusión implícita en dicha disposición¹⁹¹. En consecuencia, en nuestra opinión, la regulación sustantiva de la violación y otras violencias sexuales en el IV Convenio de Ginebra adolece de tres deficiencias notables: no prohíbe expresamente la violencia sexual contra las mujeres y no la considera un atentado contra sus derechos humanos; no incluye este tipo de conductas como una infracción grave del Convenio; y centra la protección que le ofrece a la mujer frente a estas agresiones en su honor y pudor y no en su integridad y dignidad personal.

Dada la distinción entre conflicto internacional y conflicto interno que establecen los Convenios, la regulación que acabamos de ver se circunscribe strictu sensu a los conflictos de carácter internacional. La protección de la mujer durante los conflictos internos se enmarca en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que condensa la regulación de los tratados particularizada para este tipo de conflictos. Conforme a esta disposición quedan prohibidos de manera genérica para toda la población, entre otros, los siguientes actos: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; y los atentados contra la dignidad

¹⁹⁰ Vid. DURHAM, H.: “Women, armed conflict and international law” en *International Review of the Red Cross*, N° 847, 2002, pp. 655-656. GARDAM, op. cit., p.454; LINDSEY, op. cit. p. 576.

¹⁹¹ El artículo 147 del IV Convenio de Ginebra no tipifica como infracciones graves la violación o violencia sexual. Según la interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja, esta disposición podría incluir también la violación. Vid. CICR, Comentarios a los tratados: <https://ihl-databases.icrc.org/> (última consulta 15/04/2019). Vid. THOMAS, D.Q., RALPH, R. E.: “Rape in war, challenging the tradition of impunity”, en *SAIS Review*, Johns Hopkins University Press, 1994, pág. 81.

personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes¹⁹². El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra tiene la particularidad de extender su aplicación a los agentes no estatales que participen en el conflicto armado –insurgentes, grupos rebeldes, etc.-. La extensión de las obligaciones derivadas de los Convenios a entidades que no constituyen un Estado es un rasgo singular que no se encuentra en los tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que vinculan exclusivamente a los Estados Partes en el mismo. Esta afirmación, sin embargo, hay que matizarla, puesto que hay obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que comprometen a todos los Estados, aunque no hayan suscrito los tratados en cuestión, y a los agentes no estatales, que no pueden escapar de su influencia. En este sentido se ha pronunciado el Comité CEDAW, que con su labor ha suplido la laguna de la Convención CEDAW que no hace referencia en su texto a los conflictos armados ni a la violencia contra la mujer en estos contextos. El Comité afirma que, aunque los agentes no estatales no puedan convertirse en Partes de la Convención “en determinadas circunstancias, en particular cuando un grupo armado con una estructura política identificable ejerza un control significativo de un territorio y una población, los agentes no estatales están obligados a respetar las normas internacionales de derechos humanos”¹⁹³. Las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, no obstante, piensan que no queda claro cuáles son los medios jurídicos para responsabilizar a los agentes no estatales de las violaciones que cometan contra los derechos humanos, y

¹⁹² Artículo 3 común a los cuatro Convenios: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”

¹⁹³ *Vid.* Comité CEDAW, Recomendación General núm. 30, cit. supra, párrafos 15 y 16. El Comité CEDAW afirma la extensión de la responsabilidad de los Estados por actos u omisiones que violen los derechos de la Convención provenientes de agentes no estatales, incluyendo una larga lista de estos: los grupos armados, las fuerzas paramilitares, las empresas, los contratistas de servicios militares, los grupos delictivos organizados y los justicieros.

considera imperativo que la comunidad internacional elabore unas normas inequívocas que garanticen la protección de los derechos humanos de las víctimas que viven en zonas que no están bajo el control de las autoridades oficiales del Estado¹⁹⁴.

La disposición que regula los conflictos internos no recoge ninguna disposición específica sobre la protección de la integridad de las mujeres. En cambio, el II Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional –que recordemos que no ha sido ratificado universalmente–, prohíbe algunos actos de violencia que afectan particularmente a las mujeres. Así, conforme al artículo 4.2e) del II Protocolo quedan prohibidos en todo tiempo y lugar “los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”¹⁹⁵. Aunque es escasa la regulación positiva de este tipo de conflictos, en particular la dirigida a la protección de las mujeres, los autores entienden que las normas consuetudinarias extienden las previsiones establecidas para los conflictos internacionales a los conflictos internos. De esta manera opina Ojinaga Ruiz respecto a las violencias sexuales contra las mujeres que, en su opinión, “están prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario de carácter convencional y consuetudinario independientemente de la índole y caracterización del conflicto”¹⁹⁶.

La insuficiencia y carencias de los Convenios de Ginebra, y del Derecho Internacional Humanitario en general, en relación con la protección de la integridad de las mujeres frente a las distintas formas de violencia, han sido suplidas por la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* nacidos a raíz de los graves conflictos del siglo pasado -Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), principalmente¹⁹⁷ - y,

¹⁹⁴ Vid. E/CN.4/1998/54, cit. supra, párrafos 8 a 114. En este informe la Relatora incluye casos de violencia contra las mujeres en tiempo de conflicto armado que sirve para poner de relieve la naturaleza y el grado de la violencia de que son objeto las mujeres en tiempo de conflicto armado. Los casos documentados se han producido en: Afganistán, Argelia, Bosnia y Herzegovina, Indonesia, Guatemala, Haití, India, Japón, Liberia, México, China, Perú, Rwanda, Sri Lanka y Estados Unidos de América. Párrafos 19 a 57. Véase también Informe preliminar de la Relatora: E/CN.4/1995/42, cit. supra, párrafos 261 a 292.

¹⁹⁵ El Protocolo también contempla un trato especial para las mujeres arrestadas, detenidas o internadas, en relación con su custodia y vigilancia por otras mujeres; y en relación con la aplicación de la pena de muerte, que no se ejecutará sobre las mujeres encinta ni sobre las madres de niños de corta edad. Vid. artículos 4.2 e), 5.2 y 6.4 del II Protocolo Adicional.

¹⁹⁶ OJINAGA RUÍZ, M.R.: “La prohibición y criminalización en Derecho Internacional de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 19, 2002, pp. 199- 265.

¹⁹⁷ Vid. S/ RES/827 (993), 25 mayo 1993, Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia; y S/RES/955(1994) 8 noviembre 1994, Resolución del Consejo de Seguridad de

posteriormente, a través de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya jurisprudencia ha asumido los postulados de estos tribunales. Estas aportaciones han contribuido a que la protección de las mujeres frente a la violencia basada en su género, en particular frente a la violencia sexual, sea una de las cuestiones en la que más progresos ha alcanzado el Derecho Internacional Humanitario, hasta el punto de que el propio concepto de violencia sexual ha experimentado una ampliación considerable para abarcar otras formas de abusos sexuales –prostitución forzada, embarazos forzados, etc.¹⁹⁸–.

La violencia sexual contra las mujeres, que alcanzó niveles inusitados en los conflictos de Ruanda y la antigua Yugoslavia, fue objeto de decisivas sentencias de los Tribunales internacionales *ad hoc* que, como afirma la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, han marcado un hito en materia de enjuiciamiento de la violencia sexual en tiempos de guerra¹⁹⁹. Así, en relación con la violación, la jurisprudencia del TPIR y del TPIY – principalmente en los casos *Akayesu*, caso *Furundzija*, y caso *Kunarac*– ofrecen una definición avanzada de este delito que pasa a ser considerado delito contra la integridad y no un delito contra el honor como estipulaba el IV Convenio de Ginebra²⁰⁰. Las sentencias sustituyen el término penetración por “invasión” de cualquier parte del cuerpo que haya tenido lugar por la fuerza o mediante la coacción. La falta de consentimiento de la víctima pasó a convertirse en un requisito atenuado o directamente omitido, sustituyéndose por la coacción propia de las

las Naciones Unidas por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda. Existen precedentes históricos de la calificación de las violencias sexuales como crímenes internacionales de los que se derivan responsabilidad penal internacional en la creación del Tribunal Militar de Nuremberg y Tribunal Militar de Tokio. *Vid.* Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, de 8 de agosto de 1945, 8 U.N.T.S. 280, art. 6. Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, 25 de abril de 1946.

¹⁹⁸ *Vid.* S/2016/361, 20 de abril de 2016, Informe del Secretario General Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, párrafo 2.

¹⁹⁹ *Vid.* E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001. Informe de la Sra. RADHIKA COOMARASWAMY sobre la violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000).

²⁰⁰ En una primera fase de la evolución del concepto, el TPIR utilizó en el caso *Akayesu* una definición que comprendía no sólo actos de penetración vaginal sino también los cometidos con cualquier objeto y en cualquier orificio corporal. En una segunda fase, el TPIY en el caso *Furundzija* restringe la definición y exige la penetración sexual mediante la coacción, fuerza o amenaza de usar la fuerza. En una tercera fase, el TPIY en el caso *Kunarac*, aunque sigue con el mismo enfoque exigiendo la penetración considera de forma más restrictiva la exigencia de la coacción, siendo suficiente que la Fiscalía demuestre que el acto no había sido consentido. *Vid. Prosecutor v. Akayesu* ICTR-96-4-T, de septiembre de 1998 párrafos 597-598 y 734; *Prosecutor v. Furundzija*, Judgment, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Ramodic Kovac and Zoran Vukovic*, Judgment, IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001. Sobre el caso *Akayesu*, *vid.* MACKINNON, C.A.: “Defining rape internationally: a coment on *Akayesu*” en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2006, pp. 940-958.

circunstancias especiales en las que se perpetra el delito. En particular sobre el consentimiento de la víctima y su prueba, los Tribunales internacionales han desarrollado los siguientes principios: a) la no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros; b) la ausencia de cualquier forma de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto de violencia, amenazas, detención y circunstancias similares; c) la necesidad de evidencias relevantes y creíbles cuando el acusado alega el consentimiento de la víctima para su defensa; y d) la irrelevancia de la conducta sexual de la víctima²⁰¹. Para algunos autores, la mayor innovación en la protección de las víctimas se produjo con la introducción de la regla 96 en las Reglas de procedimiento y prueba del TPIY²⁰². En opinión de Ojinaga, las contribuciones fundamentales del TPIY y del TPIR en esta materia se pueden concretar en los siguientes aspectos: la determinación y distinción del concepto de violación y agresión sexual; el cambio de orientación en la determinación del bien jurídico protegido por la norma, que pasó a ser la dignidad humana y el derecho a la integridad física de la mujer; la afirmación inequívoca del carácter consuetudinario de la prohibición de estas conductas en todo tipo de conflictos -internacionales e internos-; y la inclusión de los diferentes tipos de agresiones sexuales como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de genocidio, bajo diferentes calificaciones²⁰³.

Además de la violación, los Tribunales *ad hoc* y los tribunales especiales han tratado otras manifestaciones de violencia contra la mujer como, por ejemplo, la

²⁰¹ CINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Principios y procedimientos de prueba en caso de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: su aplicación en las instancias judiciales internas”, en *“Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno: Seminario internacional*, MARTÍN BERISTAIN (Coord.), 2007, pp. 171-210.

²⁰² La regla 96 en las Reglas de procedimiento y prueba del TPIY recogía las siguientes medidas: no era preciso que la víctima corroborase su testimonio; el consentimiento de la víctima no era válido si había sido sometida o amenazada, o había tenido razones para temer violencia, coacción o detención, tanto en su persona como en la de un tercero; para la admisión del consentimiento de la víctima como prueba el acusado debía convencer a la Sala de que su prueba era pertinente y creíble; la conducta sexual anterior de la víctima no era admitida como prueba. *Vid.* IT/32/Rev. 44, 10 Diciembre 2009, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *Vid.* MOVILLA PATEIRO, L.: “Tratamiento Jurídico-Internacional del Uso de la Violación como Arma de Guerra: avances y retos”, *Trabajos y ensayos*, Núm. 11, enero 2010, pp. 1-18, p. 9.

²⁰³ *Vid.* OJINAGA RUIZ *La protección de la mujer...* op. cit., p. 612. En opinión de esta autora, la caracterización de las agresiones sexuales como crímenes de guerra tiene importantes consecuencias jurídicas. Por un lado, permite su persecución y castigo, ya que sólo las agresiones sexuales masivas o sistemáticas constituyen crímenes contra la humanidad y sólo constituyen crimen de genocidio si concurre además un dolo especial. Por otro lado, al desvincularse el concepto de las agresiones sexuales como crimen de guerra del sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra, únicamente aplicable en conflictos armados internacionales, ha permitido afirmar que las agresiones sexuales contra las mujeres civiles constituyen crímenes de guerra tanto en conflictos armados internacionales como en los internos.

esclavitud sexual y el matrimonio forzoso. Así, en relación con la esclavitud sexual, el TPIY en el caso *Kunarac et al.*, consideró los hechos de los que fueron víctimas las mujeres y niñas retenidas en los centros de detención de la municipalidad de Foca como crímenes de violación y esclavitud sexual²⁰⁴. El Tribunal Especial de Sierra Leona consideró el matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad diferente a la esclavitud sexual en relación con las llamadas *bush wives* o *rebels wives*, mujeres y niñas secuestradas y retenidas para servir como esposas de los grupos rebeldes en el conflicto de Sierra Leona. Sin embargo, esta consideración no está aún consolidada por las discrepancias surgidas entre el Fiscal y las Salas del TESL en los casos *AFRC* y *Taylor*²⁰⁵.

La jurisprudencia de la que hemos dado cuenta ha tenido una influencia decisiva en las decisiones de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰⁶ como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en los casos *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, y *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, la Corte Interamericana afirmó que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias “trascienden a la persona de la víctima”²⁰⁷. La falta de investigación y sanción de hechos graves contra la integridad personal, como la violencia sexual en conflictos armados o dentro de patrones sistemáticos, constituye para la Corte “un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones de derechos humanos que contravienen normas inderogables (*ius cogens*)”²⁰⁸. Por otro lado, la Corte afirma que la alegación por parte

²⁰⁴ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23, IT-96-23/1, cit. supra.

²⁰⁵ El Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas firmaron, el 16 de enero de 2002, el Acuerdo por el que se establece el Tribunal Especial para Sierra Leona, en el que figura como Anexo un Estatuto sobre dicho Tribunal. Vid. *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzi Kamara, Santigie Borbor Kanu* (caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), 20 de junio de 2007; *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Appeal Judgment (SCSL03-01-T), 26 de septiembre 2013.

²⁰⁶ A modo de ejemplo, en el ámbito europeo, vid. *Case of MC. v. Bulgaria* (Application no. 39272/98) 4 December 2003.

²⁰⁷ Vid. Caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párrafo 165. En la sentencia del caso, la Corte consideró que las violaciones sexuales a las cuales fueron sometidas las mujeres en el caserío El Mozote, estando bajo el control de efectivos militares, constituyeron violación por parte del Estado salvadoreño de diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos. Caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de cinco masacres en contra de los miembros de la comunidad Río Negro ejecutadas por el ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como a la persecución y eliminación de sus miembros; Caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

²⁰⁸ Vid. Caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, cit. supra, párrafo 140.

de los Estados de amnistías o figuras análogas para eximirse de responsabilidad en relación con violaciones graves de derechos humanos no puede ser tenida en cuenta, aún cuando esas medidas -leyes de caducidad, leyes de punto final- hayan sido aprobadas en un régimen democrático e incluso ratificadas por la ciudadanía²⁰⁹. En definitiva, la Corte responsabiliza a los Estados por los actos de violencia sexual cometidos en el marco de operativos militares, su falta de investigación y sanción a los responsables²¹⁰, y también de los que provienen de operativos paramilitares no estatales -caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*-, cuando el gobierno omite sus obligaciones derivadas de la protección de los derechos humanos²¹¹. En el caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, la Corte consideró la desnudez forzada a la que fueron sometidas las internas en el hospital bajo la vigilancia de hombres armados, como un acto de violencia sexual²¹², ampliando el concepto de violencia sexual durante los conflictos armados más allá de la violación o de las formas recogidas tradicionalmente en las normas del Derecho Internacional Humanitario.

3.2.- Las Resoluciones del Consejo de Seguridad.

Como apuntábamos anteriormente, las insuficiencias del Derecho Internacional en la protección de los derechos de las mujeres antes, durante y después de los conflictos armados han sido suplidas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y por los órganos principales de Naciones Unidas. En este sentido, la labor del Consejo de Seguridad a través del programa sobre mujeres, paz y seguridad ha sido decisiva para concienciar a la comunidad internacional sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos en la prevención de los conflictos y el mantenimiento de la paz

²⁰⁹ Vid. Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrafos 195 y 238. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como de la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García, a raíz del golpe de estado iniciado en junio de 1973, en el marco de la operación Cóndor. María Claudia García, embarazada de 19 años, fue detenida por comandos militares uruguayos y argentinos y llevada a un centro de detención clandestino donde dio a luz una niña sin que hasta el momento se conozca su paradero. La niña fue sustraída y dejada en la puerta de un policía uruguayo que se quedó con ella y la registró como su hija.

²¹⁰ Vid. Caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*; Caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, cit. supra. En ambos casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que los Estados eran responsables de la violación de varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²¹¹ Vid. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 148. El caso se refiere al secuestro y desaparición de Manfredo Velásquez por personas vinculadas a las fuerzas armadas hondureñas.

²¹² Vid. Caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, cit. supra, párrafo 308.

mediante la inclusión de la igualdad de género y la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia. Sin embargo, como indica la doctrina y los órganos de Naciones Unidas, las acciones en estos campos siguen siendo aún insuficientes²¹³.

Las Resoluciones del Consejo de Seguridad han suscitado diversas y encontradas opiniones entre la doctrina. Unos autores subrayan el enorme valor histórico de la existencia del programa sobre mujeres, paz y seguridad, que, a su modo de ver, genera unas ineludibles obligaciones para los Estados²¹⁴. Otros, en cambio,

²¹³ Vid. SOLANAS, M.: “Mujeres, paz y seguridad: lejos de las aspiraciones de la Resolución 1325” en *ARI 44/2015*, Real Instituto Elcano, 15 de septiembre de 2015, pp. 1-8. Véanse también los siguientes documentos: 1) Estudio mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325(2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas “Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz”, 2015 ONU Mujeres, pp. 13 a 17 y p. 28. La autora principal fue RADHIKA COOMARASWAMY, primera Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. A tenor del Estudio el panorama mundial es desolador y se caracteriza “por las violaciones flagrantes de los derechos humanos y el Derecho Humanitario, la complejidad de los factores desencadenantes de los conflictos y la intervención en ellos de un número cada vez mayor de agentes armados no estatales y de las nuevas tecnologías y las conexiones transnacionales, que están cambiando la naturaleza de los conflictos bélicos.” El Estudio pone de manifiesto la necesidad de adoptar enfoques más integrales y coherentes que den prioridad a los derechos humanos. Los resultados del Estudio mundial se recogen en el informe del Secretario General S/2015/716, 16 de septiembre de 2015, párrafo 153 y ss. 2) Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad, S/2017/861, 16 de octubre de 2017, párrafos 105 a 111. El Secretario General aboga por la creación de sociedades más inclusivas y pacíficas, incorporando un enfoque de género en todas las cuestiones que tienen que ver con la seguridad y la paz, y reforzando otros aspectos como la recuperación económica y el acceso a los recursos, la gobernanza y participación de las mujeres en órganos electivos y no electivos y el acceso a la justicia. Los retos para el futuro, a su juicio, apuntan en las siguientes direcciones: un cambio institucional transformador en el seno de Naciones Unidas que busque un enfoque coordinado, sólido e integral de la prevención de conflictos; el cese de la explotación y los abusos sexuales; el logro de la paridad de género en toda la organización; la mejora de la disponibilidad de datos y del análisis de género en relación con los conflictos; el fortalecimiento de la colaboración con la sociedad civil; y una mayor inversión financiera y voluntad política en esta materia. 3) Informe del Grupo Consultivo de Expertos sobre el Examen de la Estructura para la Consolidación de la Paz, “El reto de mantener la paz”. A/69/968-S/2015/490, 30 junio 2015. Según este informe, pese a que la aprobación de la Resolución 1325(2000) del Consejo de Seguridad supuso un hito en la consideración de las mujeres y niñas no sólo como víctimas de conflictos armados sino como agentes vitales y activos en el establecimiento y consolidación de la paz, “queda mucho más por hacer para garantizar que las estrategias de consolidación de la paz de las Naciones Unidas se amplíen en esa dimensión crítica”. Según este informe, para muchos Estados y entidades de Naciones Unidas, la consolidación de la paz no reviste prioridad, ni se le asignan recursos suficientes, y solo se realizan actividades “después de que callan los cañones”. Párrafos 2 y 3 del Resumen del informe.

²¹⁴ Ojinaga piensa que por primera vez en la historia se reconoce formalmente la importancia de la participación de las mujeres en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Para la autora, la Resolución 1325(2000) representa “una transición dentro de un proceso en el que el desarrollo del marco normativo internacional de protección de la mujer como víctima de guerra ha dado paso a una definición de un marco normativo internacional más general de promoción de la seguridad inclusiva”. Vid. OJINAGA RUIZ *Mujeres, paz y seguridad...*, op. cit., pp. 10-48. Por su parte, Abril Stoffels justifica la importancia de la Resolución 1325(2000) en diversos motivos: la contundencia con la que se manifiesta el Consejo de Seguridad; la asunción de que las violaciones de los derechos de las mujeres en los conflictos armados y su participación en la construcción de la paz son aspectos que afectan a la paz y seguridad internacionales; la importancia que se otorga a las mujeres en la construcción de la paz; el seguimiento y desarrollo de la Resolución por parte de los organismos de las Naciones Unidas, de otras organizaciones internacionales y de la sociedad civil; la implicación del Secretario General de la ONU; y las respuestas de los Estados plasmadas en planes específicos de acción para la aplicación de la Resolución. Vid. ABRIL STOFFELS, R.: “La mujer como partícipe y destinatario de las estrategias de paz y seguridad: desarrollos recientes y retos planteados” en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 98, Julio-Diciembre 2011,

ponen el acento en el valor meramente simbólico y de agenda política que tienen las Resoluciones²¹⁵. Para el Comité CEDAW, las Resoluciones del Consejo de Seguridad “constituyen marcos políticos importantes para fomentar la promoción respecto de las mujeres, la paz y la seguridad”, y reitera la necesidad de un enfoque concertado e integrado que ubique el cumplimiento del programa sobre las mujeres, la paz y la seguridad en un marco más amplio de aplicación de la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo, en el que se haga hincapié en que la prevención de la violencia contra la mujer debe comenzar en tiempos de paz²¹⁶. La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, por su parte, considera que las Resoluciones del Consejo tienen un valor persuasivo para influir en las normas internacionales sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y para establecer disposiciones normativas que los Estados deberán aplicar a nivel nacional. La Relatora reclama, al igual que el Comité CEDAW, que el programa sobre las mujeres, la paz y la seguridad se vincule directamente con el programa más general sobre la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, e insiste que la violencia sexual y por razón de género en situaciones de conflicto no es algo excepcional sino una prolongación de la

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, pp. 17-79, p. 28. Otros autores también le otorgan una dimensión normativa, aunque la consideran primordialmente una agenda política. Vid. LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales* ..., op. cit. p. 166.

²¹⁵ En esta corriente podemos situar a Gardam y Charlesworth que consideran que Resoluciones representan la concepción imperante de los países occidentales y crean un modelo excesivamente marcado por estereotipos de mujer y desfasado. Vid. GARDAM, J., CHARLESWORTH, H.: “Protection on Women in Armed Conflict” en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, nº 1, 2000, p. 160. Díez Peralta se apoya en los discretos avances conseguidos para afirmar que las Resoluciones del Consejo aportan esencialmente un valor simbólico. Vid. DÍEZ PERALTA, op.cit., p.118. Los autores más críticos han subrayado otros aspectos que Frieyro de Lara y Robles Carrillo han resumido así: a) la concepción de fondo es representativa de la ideología liberal de los países occidentales; b) la terminología empleada, característica de las normas de *soft law*, contribuye a subrayar la debilidad del compromiso asumido por los Estados; c) la naturaleza del acto no cuenta con la capacidad jurídica y la legitimidad necesarias para operar con efectividad; d) la ausencia de medidas para garantizar la aplicación de la Resolución y de mecanismos de exigencia de responsabilidad; e) la falta de coherencia y de coordinación en la aplicación de la Resolución, el exceso de burocracia y la consecuente fragmentación de las acciones; y, f) la ausencia de una adecuada financiación. Vid. FRIEYRO DE LARA, B., ROBLES CARRILLO, M.: “La integración de la perspectiva de género en el análisis de los conflictos armados y la seguridad” en *Cuadernos de Estrategia* (Ministerio de Defensa), Nº 157, 2012, pp. 53-88., pp. 73-74. Véase también: SWAINE, A.: “Assessing the potential of national Actions Plans to Advance Implementation of United Nations Security Council Resolution 1325” en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, pp. 403-433, p. 409; PUECHGUIRBAL, N.: “Discourses on Gender, Patriarchy and Resolution 1325: A Textual Analysis of UN Documents” en *International Peacekeeping*, vol. 17, nº. 2, 2010, pp. 181-182; WILLET, S.: “Introduction: Security Council Resolution 1325: Assessing the Impact on Women, Peace and Security” en *International Peacekeeping*, vol. 17, n.º 2, 2010, pp. 142-158, p. 156.

²¹⁶ Vid. Comité CEDAW, Recomendación número 30, cit. supra, párrafos 25, 26 y 84. Algunas Observaciones del Comité CEDAW dirigidas a países en conflicto mencionan el programa sobre las mujeres, la paz y la seguridad, por ejemplo, las referidas a: Burundi CEDAW/C/BDI/CO/5-6, Malí: CEDAW/C/MLI/CO/6-7, y Myanmar CEDAW/C/MMR/CO/4-5.

discriminación y violencia que sufren las mujeres y que se exagera en tiempos de conflicto por lo que la prevención de la violencia debe comenzar en tiempos de paz²¹⁷.

La histórica Resolución 1325(2000) que inauguró el programa sobre las mujeres, la paz y la seguridad²¹⁸ se convirtió en un revulsivo para la comunidad internacional y en un referente obligado de todos los documentos que se elaboraron con posterioridad sobre conflictos armados, procesos de paz y desarme²¹⁹. Tryggestad señala cuatro factores principales que contribuyeron a la adopción de la Resolución del Consejo: 1) los cambios en la arquitectura internacional de seguridad, 2) la naturaleza cambiante del conflicto, 3) la ampliación del concepto de seguridad, y 4) la influencia creciente de las organizaciones no gubernamentales en las relaciones internacionales²²⁰. Otros autores destacan dos elementos novedosos en este instrumento: su aprobación a través de la llamada “fórmula Arría”, y la incorporación de la dimensión de género en el modelo de seguridad internacional a través del reconocimiento del impacto específico de los conflictos sobre las mujeres y las niñas y del papel de las mujeres en la construcción de la paz²²¹. Precisamente la incorporación de la perspectiva de género y el compromiso en

²¹⁷ Vid. Informes de las Relatoras sobre violencia contra la mujer: A/HRC/26/38, cit. supra, párrafo 36 y A/HRC/32/42, cit. supra, párrafos 34 a 37.

²¹⁸ Vid. S/RES/1325 (2000), 31 octubre de 2000, sobre la mujer, la paz y la seguridad. S/RES/1820(2008), S/RES/1888(2009), S/RES/1889(2009), S/RES/1960(2010), S/RES/2106(2013), S/RES/2122(2013), S/RES/2242(2015). Todas ellas disponibles en la web del Consejo de Seguridad: <http://www.un.org/es/sc/documents/resolutions/> (última consulta 17/04/2019). El tema de la mujer y los conflictos armados formaba parte de una de las doce esferas señaladas como de especial preocupación por la Plataforma de Acción de Beijing surgida de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer. Esta esfera fue objeto de revisión en el vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General titulado “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI” en la que se adoptaron compromisos relativos a la violencia sexual y a las mujeres en situaciones de conflicto armado, que influyeron de manera decisiva en la labor que venía desarrollando el Consejo de Seguridad en relación a la seguridad y el mantenimiento de la paz. Vid. A/S-23/10/Rev.1, 2000: “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”. Párrafos 131 a 141.

²¹⁹ La práctica totalidad de organismos de Naciones Unidas han adoptado iniciativas para responder a la Resolución 1325(2000) poniendo de manifiesto la convergencia en esta materia. Vid. S/2005/636, 10 octubre 2005, informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad. Plan de Acción para la aplicación de la Resolución 1325(2000) sobre mujeres, paz y seguridad en todo el sistema de Naciones Unidas.

²²⁰ TRYGGESTAD, T.: “Trick or Threat? The UN and Implementation of Security Council Resolution 1325 on Women, Peace and Security” en *Global Governance*, Vol. 15, n°4, 2009, p. 542. Véase también: RODRÍGUEZ MANZANO, I.: “¿Más que víctimas?: una lectura teórico-discursiva de la Resolución 1325, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad” en *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, VÁZQUEZ GÓMEZ, E.A., ADAM MUÑOZ, M.D. y CORNAGO PRIETO, N (Coord.), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1042-1045.

²²¹ LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales...*, op. cit. pp. 158 y 159. La fórmula Arría hace referencia a la acción llevada a cabo por una red de alianzas internacionales a distintos niveles mediante la movilización de una coalición de Organizaciones no gubernamentales de mujeres, apoyadas por un grupo de “Estados amigos”. MAGALLÓN PORTOLÉS, C: “Mujer, paz y seguridad: un balance de la Resolución 1325” en *Balance de una década de paz y conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional*, Anuario CEIPAZ 2010-2011, Mesa, M.: (Coord.), Madrid-CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, 2010, p. 65.

la lucha contra la impunidad de las violaciones y abusos sexuales durante los conflictos armados son los elementos que, a nuestro juicio, aportan más relevancia al compromiso del Consejo de Seguridad con la erradicación de la violencia contra la mujer y la protección de su integridad. Para Abril Stoffels el hecho de que el Consejo de Seguridad vincule la paz y la seguridad a la situación de las mujeres, implica “la imposición de obligaciones a todos los actores de las relaciones internacionales, desde los Estados o partes en conflicto, hasta las organizaciones no gubernamentales, del tipo que sean”²²².

Algunos autores señalan dos órdenes de problemas que plantean las Resoluciones del Consejo. El primero, en relación con su autoría. La Resolución 1325(2000), y las que le siguen, son actos emanados de un órgano principal de Naciones Unidas con una composición restringida y no igualitaria, cuyas decisiones se imponen sin contar con su asentimiento, lo que ha dado lugar al debate sobre su déficit democrático y de legitimidad. El segundo problema que se ha señalado tiene que ver con su naturaleza jurídica. El hecho de que la Resoluciones del Consejo de Seguridad se enmarquen en el Capítulo VI de la Carta de Naciones Unidas dirigido al arreglo pacífico de controversias cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y no en el Capítulo VII de ésta referido a las acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, determina su carácter meramente recomendatorio y la no incorporación de mecanismos de garantía de su cumplimiento²²³. En este punto la doctrina se encuentra dividida. Así para unos autores, se trata de normas de *soft law* o meramente declarativas, en cuanto que incorporan el reconocimiento de derechos, la declaración de principios y el establecimiento de objetivos, sin agregar a cambio mecanismos específicos de

²²² Vid. ABRIL STOFFELS *La mujer como partícipe y destinatario...*, op. cit., p. 77.

²²³ El hecho de que una decisión del Consejo de Seguridad se enmarque en el Capítulo VI o en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas determina la naturaleza jurídica y el grado de coerción de la decisión. En el primer caso, las decisiones del Consejo son meramente recomendatorias e implican a los Estados partes en la controversia, mientras que en el segundo caso son vinculantes para los Estados partes en la controversia y para la comunidad internacional en su conjunto, y pueden incluir para hacerse efectivas otras medidas como: la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas, e incluso, si estas medidas se demuestran inadecuadas, pueden conllevar el uso de la fuerza. En el primer caso, además, las decisiones del Consejo no incorporan obligaciones específicas para los Estados ni mecanismos de garantía de su cumplimiento; mientras que, en el segundo caso, incorporan acciones específicas que deben llevar a cabo todos los miembros de las Naciones Unidas o algunos de ellos, según lo determine el Consejo, pueden dar lugar a la adopción de medidas provisionales para evitar que la situación se agrave y disponen de mecanismos de control de su cumplimiento. Vid. Carta de Naciones Unidas, Capítulo VI “Arreglo pacífico de controversias” artículos 33 a 38, y Capítulo VII “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, artículos 39 a 51.

garantía de su cumplimiento²²⁴, y otros defienden su naturaleza jurídica mixta por el componente especial de coerción que conlleva el haber sido adoptadas por el Consejo de Seguridad, cuyas decisiones generan una triple responsabilidad para los Estados: actuar conforme a las mismas, promover sus mandatos y no obstaculizar sus fines²²⁵. Otros autores señalan el valor de las Resoluciones como catalizador de una convicción jurídica general²²⁶. En nuestra opinión, es importante para la protección de la integridad de las mujeres poner en valor la capacidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad para crear una norma consuetudinaria en esta materia que salve las limitaciones derivadas de la naturaleza jurídica meramente recomendatoria con la que nacieron las Resoluciones del Consejo. Este es un camino en el que hay que ahondar para que las Resoluciones lleguen a convertirse en instrumentos efectivos que vinculen no sólo a los Estados y a las partes en un conflicto, sino a la comunidad internacional en su conjunto.

De las Resoluciones del programa de mujeres, paz y seguridad queremos destacar dos aspectos: la incorporación de la perspectiva de género en la agenda sobre la paz y la seguridad y sobre terrorismo, que se extiende al compromiso de incrementar la participación de las mujeres en esta materia, y la lucha para erradicar y no dejar impunes los actos de violencia contra las mujeres y niñas, en particular la violencia sexual. En relación con el enfoque de género, la Resolución 1325(2000), reconoce que las mujeres y los niños constituyen la inmensa mayoría de las víctimas de los conflictos armados y por esta razón hace un llamamiento a los diferentes actores que actúan en estos contextos -Estados, partes en el conflicto, participantes en la negociación y aplicación de acuerdos de paz y Secretario General de Naciones Unidas- para que tengan en cuenta los derechos de las mujeres²²⁷. En opinión de Jiménez Sánchez, la

²²⁴ Vid. FRIEYRO DE LARA, ROBLES CARRILLO, op. cit., pp. 53-88.

²²⁵ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *El gender mainstreaming ...*, op. cit. p. 501.

²²⁶ MONROY CABRA, M.G.: "Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales" en *Derecho Internacional Contemporáneo*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, ACIDI, Universidad de Rosario, pp. 139-159.

²²⁷ La Resolución 1325(2000) insta a los Estados a incrementar su apoyo a las actividades destinadas a sensibilizar sobre las cuestiones de género, al tiempo que subraya su responsabilidad de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual contra las mujeres y las niñas. A las partes en el conflicto les exhorta a que respeten plenamente el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a que pongan fin a todos los actos de violencia por razón de género, en particular de violencia sexual contra mujeres y niñas, y a que adopten medidas de protección frente a esta violencia. A los que participan en la negociación y aplicación de acuerdos de paz y en la planificación del desarme, la desmovilización y la reintegración, les pide que adopten una perspectiva de género que tenga en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas y la protección de sus derechos humanos. Al Secretario General de Naciones Unidas, le insta a tomar medidas para incrementar

introducción de este enfoque dota a la Resolución del Consejo de una dimensión de género y corrobora la existencia de una discriminación entre hombres y mujeres basada en diferencias culturales y no biológicas, que trae aparejada un tipo de violencia específica²²⁸. La Resolución 2242(2015), por su parte, introduce cuestiones novedosas relativas a la integración de la perspectiva de género en la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento, formas en las que se manifiestan hoy día algunos conflictos. Con esta perspectiva de género se contempla el impacto de dichos fenómenos en los derechos de las mujeres y las niñas, poniendo de manifiesto el hecho conocido de que los actos de violencia sexual y por razón de género forman parte de los objetivos estratégicos e ideológicos de ciertos grupos terroristas que utilizan estas agresiones como táctica de terrorismo y como instrumento para aumentar su poder y destruir comunidades²²⁹. Teniendo en cuenta esta realidad, se pide a los Estados y a las Naciones Unidas que integren la agenda sobre las mujeres, la paz y la seguridad y la agenda sobre la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento, al tiempo que se pide al Comité contra el Terrorismo que incorpore el género como cuestión transversal en todas sus actividades²³⁰. A estos mismos agentes también se les pide que realicen investigaciones y recopilen datos, con perspectiva de género, sobre los factores que provocan la radicalización de las mujeres y el impacto de las estrategias antiterroristas en los derechos de la mujer; así como que aseguren la participación y liderazgo de las mujeres en la elaboración de dichas estrategias, en consonancia con la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo²³¹. Para el Secretario General de Naciones Unidas, el enfoque de género sobre el terrorismo y el extremismo violento se convierte en un factor decisivo para prevenirlo y combatirlo de manera efectiva y advierte que el apoyo ideológico y operacional activo de las mujeres a los grupos terroristas, aún no

la participación de la mujer en la toma de decisiones de los procesos de paz y en otras labores de mantenimiento de la paz. Vid. S/RES/1325 (2000), párrafos 4 y 5 del Preámbulo y párrafos dispositivos 1 a 13. En el mismo sentido: párrafos dispositivos 2 y 3 de la Resolución 1820(2008) y Resolución 1888(2009); párrafos dispositivos 2 y 5 de la Resolución 1960(2010), y párrafos dispositivos 10 y 11 de la Resolución 2106(2013).

²²⁸ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *El gender mainstreaming...* op. cit., p. 501.

²²⁹ Vid. Resolución 2242(2015), párrafo 14 del Preámbulo.

²³⁰ *Ibidem*, párrafos dispositivos 11 y 13.

²³¹ Vid. A/RES/60/288, 20 septiembre 2006, Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. La política de participación y liderazgo de las mujeres debe extenderse a las actividades e iniciativas que se emprendan encaminadas a prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilegal de armas pequeñas y ligeras, así como, a las dirigidas a mitigar el riesgo de que las mujeres se conviertan en agentes activas de ese tráfico. Vid. Resolución 2242(2015) Párrafo dispositivo 15.

siendo nuevo, está aumentando a un nivel sin precedentes²³². Efectivamente, las mujeres son víctimas de terrorismo y, a la vez, elementos estratégicos que contribuyen al cumplimiento de los fines terroristas. Un ejemplo lo representan las llamadas “reclutadoras del Estado Islámico”: mujeres musulmanas que se encargan de alistar adeptas al Estado Islámico entre las jóvenes occidentales, utilizando internet como herramienta, con el fin de cubrir la necesidad de mujeres, madres y esposas, que requiere el proyecto yihadista para conseguir su estabilidad social. Para estos movimientos terroristas el papel de las mujeres sigue siendo el de madres y esposas, conforme al antiguo cliché de casa y hogar²³³.

La Resolución 2242(2015) que aboga por el enfoque de género en la lucha antiterrorista ha sido, no obstante, objeto de críticas por parte de la doctrina dirigidas hacia la oportunidad de su aprobación y hacia su contenido, más retórico que sustancial²³⁴. También el Estudio Mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325(2000) cuya autora principal fue Radhika Coomaraswamy, primera Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, incorpora una visión crítica de la interrelación de ambas agendas -la de mujeres, paz y seguridad y la política antiterrorista-, ya que, a tenor del Estudio, los derechos de las mujeres no deberían abordarse exclusivamente desde el punto de vista de la seguridad ni considerarse una herramienta fundamental para luchar contra el extremismo, sino constituir un fin en sí mismos. Cuando la defensa de los derechos de las mujeres pasa a estar excesivamente relacionada con la agenda de un gobierno en materia de lucha contra el terrorismo, aumenta el riesgo de que se produzcan reacciones contrarias a los derechos de las mujeres, de tal manera que “la consideración exclusiva del problema desde el punto de vista de la seguridad puede incrementar la alienación, elevar la inseguridad a la que están expuestas las mujeres y generar la preocupación de que éstas sean “utilizadas” por el gobierno”²³⁵. En nuestra opinión, la vinculación de ambas agendas y la integración del género en las actividades antiterroristas puede constituir un

²³² Según el informe de 2017 del Secretario General las mujeres constituyen al menos del 20% al 30% de los combatientes terroristas extranjeros. El informe señala como logros en este campo: la aprobación de la Resolución del Consejo 2242(2015), el Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento, y el examen de 2016 de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo. *Vid.* S/2017/861, cit. supra, párrafos 43, 45 y 47.

²³³ *Vid.* NAPOLEONI, L.: “Las reclutadoras del Estado Islámico”, artículo de opinión, *El País* 4 mayo 2015. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2015/04/28/opinion/1430247915_173682.html (última consulta 17/04/2019).

²³⁴ *Vid.* LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ *Crímenes internacionales ...*, op. cit. p.165.

²³⁵ *Vid.* ONU Mujeres, Estudio Mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325(2000), cit. supra, p. 222 y ss.

avance importante en la protección internacional de la integridad física y moral de las mujeres siempre que no se pierda de vista que el terrorismo, además de un problema de seguridad internacional, es un fenómeno que participa de las pautas de discriminación y violencia estructural contra las mujeres y que las mujeres pueden ser utilizadas para afianzar la ideología patriarcal que sostiene esa discriminación y violencia, como demuestra el hecho de la existencia de las “reclutadoras del Estado Islámico”.

De manera congruente con el enfoque de género que propugnan, las Resoluciones del Consejo impulsan y fomentan la participación de las mujeres en los procesos de paz. En este punto se puede observar, en nuestra opinión, una evolución en el tiempo en relación con la intensidad con la que es tratada esta materia. Las primeras Resoluciones abordan de una manera sucinta las medidas de participación de las mujeres en la prevención y solución de conflictos y postconflictos, y las más recientes hacen mayor hincapié en esta materia y en la introducción de la perspectiva de género en todas las actividades de paz y seguridad²³⁶. Sin embargo, pese la intensidad puesta por el Consejo para incrementar la participación de las mujeres en los procesos de paz, la realidad nos muestra, según el informe de seguimiento del Secretario General de Naciones Unidas, que las mujeres siguen estando insuficientemente representadas²³⁷.

²³⁶ La Resolución 1888(2009) –más centrada en la fase posterior al conflicto- es rica en medidas dirigidas a fomentar la participación de la mujer. Además de este tipo de medidas, la Resolución insta al Secretario General, a los Estados, y a los jefes de las organizaciones regionales, a aumentar la presencia y representación de la mujer en los procesos de mediación y en los procesos de adopción de decisiones. La Resolución 2122(2013) es destacable en esta materia. Su Preámbulo contiene una importante declaración sobre el empoderamiento de las mujeres y las niñas, cuando afirma que “son fundamentales para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, al tiempo que manifiesta que las barreras que impiden la aplicación sistemática de la Resolución 1325(2000) “solo se dismantelarán mediante un compromiso específico con el empoderamiento, la participación y los derechos humanos de las mujeres, así como mediante un liderazgo concertado, información y medidas coherentes, y apoyo para aumentar la intervención de las mujeres en todos los niveles de adopción de decisiones”. En su parte dispositiva (párrafos dispositivos 1 a 10) el Consejo propone, entre otras cosas, prestar más atención al liderazgo y la participación de las mujeres en la solución de conflictos y la consolidación de la paz reconociendo la necesidad de que haya información y análisis sobre los efectos de los conflictos armados en las mujeres y las niñas, la función de las mujeres en la consolidación de la paz, y las dimensiones de género de los procesos de paz.

La Resolución 2242(2015), en el párrafo 15 del Preámbulo y los párrafos dispositivos 1 a 3, también se ocupa de la infrarrepresentación de las mujeres en procesos y órganos oficiales relacionados con el mantenimiento de la paz y seguridad; del escaso número de mujeres que ocupan altos cargos en las instituciones relacionadas con esta materia; de la falta de apoyo a las funciones de liderazgo de las mujeres en esos entornos; y de la insuficiente financiación destinada a la cuestión de las mujeres, la paz y la seguridad.

²³⁷ Vid. S/2017/861, Informe del Secretario General, cit. supra, párrafos 11, 16 y 17. Según este informe, el porcentaje de acuerdos de paz firmados que recogen disposiciones específicas de género disminuyó en 2016. Sólo la mitad de los acuerdos firmados recogían este tipo de disposiciones. El informe señala como tendencia positiva la puesta en marcha de redes nacionales y regionales de mediadoras, como, por ejemplo, la Red Africana de Mujeres en la Prevención de Conflictos y la Mediación para la Paz, “FemWise”. Sobre la participación de las mujeres en las negociaciones de paz, véase también: “Women’s Participation in Peace Negotiations: Connections between Presence and Influence”, ONU Mujeres, 2ª

Abril Stoffels explica, acertadamente -a nuestro modo de ver-, que la invisibilidad de la mujer en la construcción de la paz suele ser una manifestación de la discriminación que ésta sufre en todos los contextos y sectores de la vida en las sociedades afectadas por el conflicto y que los obstáculos para su participación se encuentran en las sociedades receptoras de los programas de paz, con culturas y formas de vida que relegan a la mujer a un segundo plano en todas las esferas de la vida, aunque, en ocasiones, el problema radica también en las características de las medidas que se adoptan “de tipo formal y superficial, sin llegar al fondo de la cuestión, por ignorancia, falta de interés o falta de recursos”²³⁸. Para Ojinaga, la escasa presencia de las mujeres explica las lagunas y deficiencias características de los acuerdos de paz, en términos de género. Según la autora, la acción internacional es bastante errática a causa de su carácter experimental y su excesivo relativismo en términos políticos que se solventaría con la incorporación de compromisos concretos en los acuerdos de paz²³⁹.

En relación con los abusos y la violencia sexual contra las mujeres, que en la actualidad persiste e incluso, en algunos entornos, se ha incrementado²⁴⁰, la Resolución

edic. octubre de 2012. El documento confirma la baja participación de las mujeres en los procesos de paz que tuvieron lugar entre 1992 y 2011 ya sea como negociadoras, mediadoras, testigos o signatarias. <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/03AWomenPeaceNeg.pdf> (última consulta 10/04/2019). Magallón señala, por su parte, que, aunque los datos muestran una limitada participación oficial de las mujeres en la etapa postconflicto, éstas han tenido una participación destacada en los procesos informales de paz a lo largo de la historia. Vid. MAGALLÓN PORTOLÉS, C.: *Mujeres en pie de paz*, Ed. Siglo XXI, Madrid 2006.

²³⁸ Vid. ABRIL STOFFELS, *La mujer como partícipe y destinatario...*, op. cit., pp. 77 y 78. La autora opina que progresivamente se aprecia una mayor apertura a la visión de la mujer como agente de paz, reconstrucción y democratización de las sociedades afectadas por los conflictos.

²³⁹ Vid. OJINAGA RUIZ, *Mujeres, paz y seguridad en la Unión Europea...*, op. cit., p.31. Para la autora hace falta incorporar en los acuerdos de paz compromisos como, por ejemplo, la ratificación de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer e instrumentos regionales específicos o la incorporación del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Sobre la erradicación de la violencia contra la mujer, la autora sugiere la incorporación de los siguientes compromisos: el nombramiento de mujeres en los órganos judiciales del Estado; la incorporación de los principios en los que se basa el derecho a la justicia de las víctimas; el respeto al marco conceptual establecido en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales; la consideración de aspectos relativos a la protección de las víctimas y testigos; y, la mención expresa de la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, lo que incluiría la exigencia de que la legislación nacional prohibiese todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica.

²⁴⁰ Vid. S/2017/249, de 15 de abril de 2017, Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos. El Secretario General ha señalado al Consejo 19 situaciones preocupantes sobre violencia sexual relacionada con conflictos y una lista actualizada de 46 partes en conflictos sobre las que había sospechas fundadas de que habían cometido o instigado violaciones y otras formas de violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Estas situaciones son: Afganistán, República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Iraq, Libia, Mali, Myanmar, Somalia, Sudán del Sur, Sudán (Darfur), República Árabe Siria, Yemen, Bosnia y Herzegovina, Cote d'Ivoire, Nepal, Sri Lanka, Burundi y Nigeria.

La Relatora Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual, y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, presentó un informe en 1998, en el que afirmaba que las

1820(2008) destaca que la utilización de estos actos violentos como táctica de guerra o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra las poblaciones civiles, además de agudizar significativamente el conflicto, constituye en algunos casos un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacional²⁴¹. El hecho de que la violencia sexual se convierta en una cuestión de seguridad le hace afirmar a Ojinaga que la violencia contra la mujer tiende a configurarse como uno de los componentes de la gestión internacional de las crisis durante el proceso de consolidación de la paz que se inicia una vez cesadas las hostilidades²⁴². Si para el Consejo de Seguridad, la violencia contra la mujer en situaciones de conflicto es una cuestión de seguridad internacional, para el Comité CEDAW, como apuntábamos al principio, no es tanto un problema de seguridad como un problema de género y discriminación de las mujeres. A pesar del avance que supuso la adopción de medidas por parte del Consejo para hacer frente a la violencia sexual contra las mujeres y las niñas en la Resolución 1820(2008), ésta no estuvo exenta de críticas²⁴³ por varias razones: porque no se afirmaba rotundamente que la violencia sexual constituía un crimen de guerra o contra la humanidad sino que se limitaba a afirmar que “podía” constituir un crimen de guerra o contra la humanidad²⁴⁴; porque las tareas de prevención, reconocimiento, y respuesta a la violencia sexual se limitaban únicamente

mujeres y las niñas no sólo estaban expuestas a la violencia y la devastación inherentes a toda guerra sino también a formas de violencia dirigidas específicamente contra ellas en razón de su género. La Relatora consideraba que prácticas tales como la detención de mujeres en "campos de violación" o "centros de solaz", los matrimonios temporales y forzados con soldados, y otras prácticas en las que se trataba a las mujeres como mercancías, eran, tanto de hecho como de derecho, formas de esclavitud. En sus conclusiones, refiriéndose a los delitos de violencia sexual, apuntaba que el Derecho Internacional debería reflejar mejor la experiencia de las mujeres y la verdadera naturaleza del daño que se les infligía, abogando por el perfeccionamiento del marco jurídico, que debía tener en cuenta la dimensión de género. Vid. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 junio 1998, “La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado”. Informe final presentado por la Sra. GAY J. MCDOUGALL, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Párrafos 7, 8, 111 y 115.

Más adelante, en otro de sus informes, la Relatora insiste en que debe tratarse la violencia sexual como un problema de género derivado de la desigualdad y discriminación de las mujeres, no sólo en el contexto de los conflictos armados, sino también en la vida cotidiana de éstas. Vid. E/CN.4/Sub.2/2000/21, 6 junio 2000, Actualización del informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, párrafos 90 y 91.

En el mismo sentido, véase también: A/70/95-S/2015/446, 17 junio 2015, Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz - política, alianzas y personas. El informe afirma que la violencia sexual sigue estando generalizada como táctica de la guerra moderna y que las mujeres y niñas son objeto de secuestros en masa, así como de conversiones y matrimonios forzados y de esclavitud sexual. Párrafo 9.

²⁴¹ Vid. Resolución 1820(2008), Resolución 1888(2009), Resolución 1960(2010) y Resolución 2106(2013). Párrafo dispositivo 1

²⁴² Vid. OJINAGA RUIZ, *Mujeres, paz y seguridad en la Unión Europea...*, op. cit., p.22.

²⁴³ Vid. VILLELLAS ARIÑO, op. cit., pp.11-12.

²⁴⁴ Vid. Resolución 1820(2008), párrafo dispositivo 4.

al personal de Naciones Unidas²⁴⁵; y porque la participación de las mujeres se consignaba como una “invitación” al proceso de prevención y solución de conflictos sin exigirse su presencia obligatoria²⁴⁶. Algunos autores, en cambio, consideran que esta Resolución legítima, incluso, el recurso al *ius ad bellum* cuando indica la posibilidad de “adoptar, cuando sea necesario, las medidas apropiadas para hacer frente a la violencia generalizada o sistemática”²⁴⁷.

Más adelante, a través de la Resolución 1888(2009) y la Resolución 1960(2010), se introdujeron varias medidas de gran relevancia en esta materia: a) el nombramiento de un Representante Especial para la cuestión de la violencia sexual en los conflictos armados; b) la designación de un equipo de expertos para que se ocupara de situaciones particularmente preocupantes sobre violencia sexual, ayudando a las autoridades nacionales a reforzar el estado de derecho y a colaborar con la presencia de las Naciones Unidas sobre el terreno; y c) la inclusión en los informes anuales que ha de elaborar el Secretario General sobre el cumplimiento de las Resoluciones del Consejo de información relativa a la partes en conflicto sobre las que haya sospechas fundadas de haber cometido actos de violación y otras formas de violencia sexual, y la inclusión de una lista con las partes en conflicto que sean sospechosas de haber cometido actos sistemáticos de violación u otras formas de violencia sexual²⁴⁸. Debe hacerse notar que la Resolución 1960(2010) que introdujo esta última medida, únicamente se refiere a los actos cometidos por las partes en conflicto y no por los organismos humanitarios o por la propia ONU, lo que supone, en opinión de Abril Stoffels, “una ocasión perdida para incrementar los instrumentos de lucha contra estos comportamientos”²⁴⁹. No obstante, la Resolución 1820(2008) ya tomó cartas en el asunto de las agresiones sexuales por parte de contingentes de paz de la ONU que escandalizaron a la opinión pública mundial²⁵⁰, anunciando medidas que debían poner en marcha tanto los países que aportaban contingentes y fuerzas de policía como el Secretario General de Naciones Unidas²⁵¹.

²⁴⁵ *Ibidem*, párrafo dispositivo 6.

²⁴⁶ *Ibidem*, párrafo dispositivo 12.

²⁴⁷ *Ibidem*, párrafo dispositivo 1 *in fine*.

²⁴⁸ *Vid.* Resolución 1888(2009), Párrafos dispositivos 4 a 9 y Resolución 1960 (2010), Párrafo dispositivo 3.

²⁴⁹ *Vid.* Abril STOFFELS, *La mujer como partícipe y destinatario...* op. cit., pp. 42-43.

²⁵⁰ A título de ejemplo, *vid.* <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/08/internacional/1328730669.html>; https://elpais.com/internacional/2015/06/11/actualidad/1434011371_934315.html (última consulta 10/04/2019).

²⁵¹ *Vid.* Resolución 1820(2008), párrafos dispositivos 7 a 10. Entre las medidas enunciadas: programas de capacitación sobre prevención y reconocimiento de la violencia sexual y otras formas de violencia, para el

Más adelante estas medidas se extendieron a los abusos sexuales cometidos por fuerzas ajenas a la organización de Naciones Unidas²⁵². Y, finalmente, uno de los avances más importantes en la lucha contra estos comportamientos ha tenido lugar con la aprobación de la Resolución 2272(2016) que, aunque esté fuera del programa de mujeres, paz y seguridad, constituye un elemento para su reforzamiento. En palabras del Secretario General de Naciones Unidas, la aprobación de esta Resolución supone “una medida sin precedentes” para prevenir, investigar y combatir la impunidad por los actos de explotación y abusos sexuales cometidos por personal de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas²⁵³.

Las mujeres especialmente vulnerables a la violencia sexual -las secuestradas por la fuerza e incorporadas a grupos o fuerzas armadas-, las supervivientes de violencia sexual y las que viven con el VIH-SIDA, son objeto de atención por parte del Consejo, que contempla medidas específicas para su protección²⁵⁴. Del mismo modo, también es objeto de atención del Consejo las dificultades de acceso a la justicia que encuentran las mujeres víctimas de la violencia sexual o por razón de género, y la reparación de los daños derivados de tales actos²⁵⁵. La relación entre la trata, la violencia sexual y el terrorismo aparece mencionada en la Resolución 2332(2016) del Consejo que, aunque fue aprobada fuera del programa de mujeres, paz y seguridad, lo refuerza. Así, el Consejo afirma que los actos de trata y de violencia sexual y por razón de género en los conflictos armados, pueden formar parte de los objetivos estratégicos y la ideología de ciertos grupos terroristas y ser utilizados como táctica por ellos. Esta interrelación -trata,

personal humanitario y de mantenimiento de la paz desplegado por las Naciones Unidas; directrices y estrategias para aumentar la capacidad de las operaciones de mantenimiento de la paz en orden a la protección frente a todas las formas de violencia sexual; mecanismos de protección frente a la violencia contra las mujeres y las niñas en los campamentos de refugiados y desplazados internos, así como, en los procesos de desarme, movilización y reintegración; aplicación de la política de tolerancia cero frente a la explotación y abusos sexuales en las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas; y presentación de informes periódicos.

²⁵² Vid. Resolución 2242(2015), párrafo dispositivo 9.

²⁵³ Vid. Resolución 2272(2016), 11 de marzo de 2016, párrafo 1 y ss. Según el informe del Secretario General de Naciones Unidas, en 2016 se presentaron 145 nuevas denuncias de explotación y abusos sexuales contra personal de las Naciones Unidas. Las denuncias afectaban al menos a 311 víctimas, casi todas ellas mujeres y niñas. Vid. S/2017/861, cit. supra, párrafos 33 y 34.

El Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz aboga por realizar cambios en las operaciones de paz de las Naciones Unidas dado el contexto actual internacional para adaptarlas a las nuevas circunstancias y garantizar en el futuro un mayor grado de eficacia y un uso apropiado. Vid. A/70/95-S/2015/446, cit. supra, párrafo 2 del Resumen.

²⁵⁴ Vid. Resolución 2106 (2013), párrafos dispositivos 16 a 20. Respecto a las mujeres que viven con el VIH-SIDA, la Resolución pone de manifiesto el punto de unión entre la violencia sexual en situaciones de conflicto armado, y posteriores a los conflictos, y la infección por el VIH, así como la carga desproporcionada que representa esta enfermedad para las mujeres y las niñas.

²⁵⁵ Vid. Resolución 2242(2015), párrafo dispositivo 14.

violencia sexual y terrorismo- obliga a que los Estados mantengan una visión integral y conjunta de sus planes nacionales contra la trata, contra el terrorismo y sobre la mujer, la paz y la seguridad, para que estas tres áreas se complementen y refuercen mutuamente²⁵⁶. En particular, el Consejo condena la venta o el comercio de personas que lleva a cabo el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (el llamado Daesh), y la trata de personas y otros abusos cometidos por Boko Haram, Al-Shabaab, el Ejército de Resistencia del Señor y otros grupos terroristas con fines de esclavitud sexual, explotación sexual y trabajo forzoso. El Consejo no se queda en la condena de todos los actos de trata, además, anuncia “su intención de considerar la posibilidad” de imponer sanciones selectivas a las personas y entidades implicadas en los casos de trata y de violencia sexual²⁵⁷. Una medida plausible, pero, en nuestra opinión, cargada de retórica.

Por otro lado, en la lucha contra la impunidad de los actos de violencia sexual que las Resoluciones del Consejo abanderan²⁵⁸, la Resolución 1325(2000) ha sido duramente criticada por la doctrina por la redacción de su párrafo 11 que dispone que “siempre que sea viable” se excluirán de las disposiciones de amnistía los actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual. En opinión de Abril Stoffels, el condicionamiento a su “viabilidad” aleja a la Resolución de los estándares jurídicos internacionales, ya que, tratándose de crímenes internacionales, el Derecho Internacional impide absolutamente la amnistía, sin condiciones²⁵⁹. Esta situación, sin embargo, será enmendada por la Resolución 1820(2008) que elimina el condicionante de la viabilidad. En general, las Resoluciones del Consejo asocian la lucha contra la impunidad por la comisión de los actos de agresión sexual a la responsabilidad de los Estados de respetar, y a la vez garantizar, los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en su territorio.

²⁵⁶ Vid. Resolución 2332(2016), de 20 de diciembre de 2016, párrafos 8, 9, 10 y 15. El vínculo entre la trata y los grupos armados, incluidos los grupos terroristas, también ha sido advertido por la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos y el Secretario General de Naciones Unidas. Al respecto, *vid.* A/HRC/32/3/L.6, 30 de junio de 2016, “Trata de personas, especialmente mujeres y niños: protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata, especialmente las mujeres y los niños, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos”; A/71/223, informe del Secretario General, cit. *supra*, Apto. III B. “Vulnerabilidades especiales en el contexto de los conflictos, las emergencias humanitarias y la migración”, párrafos 14 a 19.

²⁵⁷ Vid. Resolución 2332(2016), cit. *supra*, párrafos 11 y 12. La condena a los abusos flagrantes, sistemáticos y generalizados de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidos por el Daesh, AlQaida, el grupo paramilitar FAN y otros grupos, se ha producido en varias Resoluciones del Consejo, entre ellas: 1267(1999), 1989(2011), 2249(2015) y 2253(2015).

²⁵⁸ Vid. Resolución 1820(2008), párrafo dispositivo 4; Resolución 1889 (2009), párrafo dispositivo 3; Resolución 2106(2013), párrafo dispositivo 2; Resolución 2122 (2013), párrafo dispositivo 12.

²⁵⁹ Vid. ABRIL STOFFELS, *La mujer como partícipe y destinatario...* op. cit., p. 24.

Una debilidad de las Resoluciones del programa mujeres, paz y seguridad del Consejo de Seguridad es la ausencia de un mecanismo de control y supervisión de su aplicación. Esta laguna ha sido objeto de crítica por parte de los autores que la consideran una desventaja importante respecto a otras Resoluciones del Consejo²⁶⁰. Un mecanismo que puede suplir, aunque con matices, esta falta de control y seguimiento son los informes anuales que debe presentar el Secretario General sobre los progresos alcanzados por los países en la aplicación de las Resoluciones del programa²⁶¹. En este ámbito de implementación de las Resoluciones del Consejo sobre las mujeres, la paz y la seguridad, los Estados han llevado a cabo su aplicación a través de planes nacionales, de los que se ha criticado su insuficiente número, su escasa financiación, la ausencia de mecanismos de seguimiento y su deficiente coordinación²⁶². África y Europa son las regiones que lideran la aprobación de planes nacionales, en el polo opuesto destaca el continente americano²⁶³. Nuestro país cuenta con un Plan de Acción desde 2007 que incluye entre sus objetivos la potenciación de la participación de mujeres en las misiones de paz y en los órganos de toma de decisiones, la promoción de la perspectiva de género en todas las actividades de construcción de la paz, y la protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas en zonas de conflicto y posconflicto²⁶⁴. Un

²⁶⁰ Vid. OJINAGA RUIZ, *Mujeres, paz y seguridad en la Unión Europea...*, op. cit., p. 43. En opinión de Ojinaga, la falta de un mecanismo de presentación de informes y supervisión de la Resolución, semejante al mecanismo establecido para vigilar la aplicación de la Resolución 1212(2005) sobre los niños y los conflictos armados, ha resultado una desventaja importante.

²⁶¹ Vid. S/RES/1325 (2000), párrafos dispositivos 16 y 17. El Consejo también encarga al Secretario General de Naciones Unidas estudios sobre los efectos de los conflictos armados en las mujeres y las niñas, el papel de las mujeres en la consolidación de la paz, y las dimensiones de género de los procesos de paz y de solución de conflictos.

²⁶² Según el informe del Secretario General, 68 países o zonas habían aprobado planes de acción a 31 de agosto de 2017, de los que 48 contaban con mecanismos de supervisión y 18 con presupuestos asignados para su aplicación. Vid. S/2017/861, cit.supra, párrafos 68 y ss. A fecha 17 de abril de 2019, son 79 los Estados que han aprobado dichos planes. Dato disponible en: <http://www.peacewomen.org/member-states> (última consulta 17/04/2019).

²⁶³ Un estudio por regiones y países en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C: “La influencia del Programa “La mujer, la paz y la seguridad” en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unión Europea” en *Cuadernos Europeos de Deusto*, número 57/2017, Bilbao, pp. 101-132.

²⁶⁴ Los objetivos del Plan Nacional español se pueden concretar en los siguientes puntos: 1) potenciar la participación de mujeres en las misiones de paz y en los órganos de toma de decisiones; 2) promover la inclusión de la perspectiva de género en todas las actividades de construcción de la paz; 3) asegurar la formación específica en igualdad del personal que participa en operaciones de paz; 4) proteger los derechos humanos de las mujeres y niñas en zonas de conflicto y posconflicto; 5) incorporar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la planificación y ejecución de actividades para el Desarme, la Desmovilización y la Reintegración; 6) fomentar la participación de la sociedad civil española en relación con la Resolución 1325(2000). En la actualidad está en vigor el II Plan Nacional de Acción de Mujeres, Paz y Seguridad 2017-2023. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Documents/Plan%20Nacional%20Mujeres.%20Paz%20y%20Seguridad%20TEXTO.pdf>. (última consulta 17/04/2019).

España también ha tenido un protagonismo importante en tres iniciativas internacionales: la Red de Coordinadores Nacionales sobre las Mujeres, la Paz y la Seguridad puesta en marcha a iniciativa de

informe de CEIPAZ reconoce que, aunque ha habido avances importantes en España en este campo, la financiación, la evaluación, la coordinación y la participación de la sociedad civil y de las mujeres en foros y organismos implicados en el cumplimiento y seguimiento de las Resoluciones del Consejo, son algunos aspectos deficientes que hay que mejorar en esta materia²⁶⁵.

En definitiva, las Resoluciones del Consejo de Seguridad del programa mujeres, paz y seguridad constituyen normas de enorme peso político e institucional que sirven para suplir muchas lagunas del Derecho Internacional contemporáneo y que han permitido reconocer los derechos de las mujeres y reforzar su protección en situaciones de conflicto armado. Frente al mero valor simbólico que le otorgan algunos autores y que entendemos justificado dadas las carencias y deficiencias que presentan las Resoluciones -su naturaleza jurídica no vinculante, la ausencia de un mecanismo de control, etc.-, nosotros nos inclinamos por el desarrollo de su potencial generador de norma consuetudinaria en relación con la prohibición de la violencia contra la mujer, en particular la violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Desde este punto de vista, las Resoluciones del Consejo pueden crear auténticas obligaciones jurídicas que los Estados y todas las partes en un conflicto armado no puedan eludir. Por otro lado, las Resoluciones del Consejo tienen la virtualidad de romper la dicotomía pública/privada imperante en el Derecho Internacional que silencia las voces de las mujeres, permitiendo que éstas sean consideradas no sólo víctimas de los conflictos armados sino también agentes activos de la paz y la seguridad internacional.

España; la fórmula Arría convocada por España y Uruguay el 5 de diciembre de 2016 en la que participaron miembros del Comité CEDAW y del Consejo de Seguridad para examinar los vínculos entre los derechos humanos de las mujeres y el programa sobre las mujeres, la paz y la seguridad; y su participación en calidad de copresidente del grupo oficioso de expertos convocado por el Consejo de Seguridad a fin de posibilitar una mayor supervisión y coordinación de las actividades de aplicación del programa. *Vid. S/2017/861, cit. ut supra*, párrafos 70, 73 y 88.

²⁶⁵ MESA, M: “Las mujeres cuentan: Informe de seguimiento sobre la aplicación de la Resolución 1325 en España”, CEIPAZ, Madrid 2011.

3.3.- La protección de las mujeres en el Derecho Internacional Penal.

La influencia de los Tribunales *ad hoc* ha sido decisiva también en la tipificación de las conductas incluidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁶⁶. El establecimiento de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) representa una de las principales aportaciones del sistema de justicia internacional y un baluarte de la lucha contra la impunidad de los delitos más graves que amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad²⁶⁷. Con el Estatuto de Roma se criminalizan ciertas manifestaciones de violencia contra la mujer como delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra que hasta ese momento no habían recibido respuesta en el sistema de justicia penal internacional. En palabras de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer “la invisibilidad de los crímenes de violencia contra la mujer en tiempo de guerra era parte del legado del Derecho Internacional y la práctica penal internacional que no se enmendará hasta la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional”²⁶⁸. El Estatuto es la muestra más evidente de la convergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal, ya que, a tenor de su artículo 21.3, la Corte debe servirse del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como guía y límite en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas aplicables²⁶⁹. Este artículo ha sido

²⁶⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. UN Treaty Collections, Vol. 2187, N° Registro I- 38544. Entró en vigor el 1 de julio de 2002. Estados Partes: 123. Instrumento de Ratificación de España de 19 de octubre de 2000 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002). En la actualidad la Corte Penal Internacional lleva 27 casos y 11 situaciones bajo investigación.. Vid. <http://www.icc-cpi.int/> (última consulta 15/04/2019). De la extensa bibliografía sobre la Corte Penal Internacional podemos citar: CASSESE, A.: *The Rome Statute of the International Criminal Court; a commentary*, Vol. I, Cassese, Gaeta, Jones (edit.), 2002; LIROLA DELGADO I. Y MARTÍN MARTÍNEZ, M.: *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.

²⁶⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, Preámbulo. La Corte está facultada para ejercer su jurisdicción sobre las personas respecto de los crímenes con mayor trascendencia internacional: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. Sobre este último, la Corte no puede ejercer su jurisdicción hasta que no sea definido internacionalmente, ya que en el momento de la aprobación del Estatuto no pudo hacerse debido a las discrepancias surgidas entre las delegaciones presentes en la Conferencia de Roma. Sobre la noción de la humanidad en el campo del Derecho Internacional, véase: CARRILLO SALCEDO, J.A. “La Cour pénale internationale: l’humanité trouve une place dans le Droit international” en *Révue Générale de Droit International Public*, 1999-1 (vol. 103) pp. 23-28. Véase también: BASSIOUNI, MC: *Introduction to International Criminal Law*. Second revised edition, Leiden Boston, 2013, p. 139 y ss., citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, op.cit., pp. 28-29.

²⁶⁸ E/CN.4/2003/75, Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafo 16.

²⁶⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículo 21.3. Sobre el Estatuto y los derechos humanos, véase: SALADO OSUNA, A.: “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y

calificado como una de las disposiciones más importantes del tratado porque implica que son los derechos humanos los que informan y clarifican el Derecho Penal que aplica la CPI y exige a ésta entender las violaciones de derechos humanos que llevan consigo los crímenes que debe enjuiciar²⁷⁰. Para Abrisketa, el amplio listado de actos inhumanos que incluye el artículo 7 del Estatuto obedece al propio desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y algunos de ellos, como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros graves abusos sexuales, implica la concreción de la responsabilidad penal por la violación de la Convención CEDAW²⁷¹.

Además del enfoque de derechos humanos, una de las aportaciones de mayor calado del Estatuto es la incorporación de la perspectiva de género y la definición de este término por primera vez en un tratado de ámbito universal. Si bien, el Estatuto incorpora una noción de género imprecisa e incompleta, conforme a los estándares internacionales del momento, que fue fruto del consenso para vencer las resistencias de diferentes Estados, del Vaticano y de grupos diversos que se oponían a reconocer la libertad sexual y la desigualdad de poder entre hombres y mujeres²⁷². Así, según el artículo 7.3 del Estatuto, el género “se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad” y “no tendrá más acepción que la que antecede”. Las limitaciones que, a nuestro juicio, afectan a esta definición -la imprecisión y parquedad del concepto, su olvido de otros colectivos -gays, lesbianas o transexuales-, o el hecho de que no haga referencia a la discriminación y desigualdad que padecen las mujeres en la construcción social de los papeles asignados a cada sexo- pueden impedir que los mecanismos judiciales aborden completamente los efectos relacionados con el género en situaciones de conflicto²⁷³. Si bien, la referencia que hace el Estatuto al contexto social como conformador del concepto de género, le otorga al término una plasticidad que le permite evolucionar al mismo tiempo que la sociedad que lo construye, lo que, en

los derechos humanos”, La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Premio Rafael Martínez Emperador, 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 278.

²⁷⁰ TRIFFTERER, O.: *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court*, Hart Publishing, 2ª ed, 2008, p. 712.

²⁷¹ ABRISKETA, J.: “La Corte Penal Internacional: sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, pp. 639-657, p. 651.

²⁷² Vid. ZORILLA, M.: “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual” en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 34, Instituto de Derechos Humanos, Univ. Deusto, Bilbao, 2005, p.31; OOSTERVELD, V.: “The definition of “Gender” in the Rome Statute of International Criminal Court: ¿A step forward or Back for International Criminal Justice? en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005, pp. 55-84.

²⁷³ Vid. CEDAW/C/GC/30, cit. supra, párrafo 78.

nuestra opinión, puede contribuir a superar las limitaciones que se derivan de una definición cercana a lo “políticamente correcto” que no quiere ahondar en profundidades.

La incorporación de la perspectiva de género en una norma internacional de este calado supuso un cambio cualitativo en el Derecho Internacional Penal, porque el género, además de reconocerse como motivo de persecución de un grupo o colectividad con identidad propia²⁷⁴, se manifiesta en otros ámbitos a lo largo del Estatuto. Así, como circunstancia potencialmente discriminatoria, debe ser tenido en cuenta a la hora de aplicar e interpretar el Derecho, de proteger a las víctimas y los testigos, y de seleccionar a los fiscales y magistrados que componen la CPI²⁷⁵. Para Patricia Viseur, Asesora Especial del Fiscal de la CPI, la estrategia de género no es un lujo, aunque no pueda resolver todos los males de esta institución judicial, sin embargo “Its absence is an absurdity, bordering on a grant of impunity for conduct that is criminal”²⁷⁶. En esta línea, Díez Peralta señala que los principales progresos en lo que respecta a la cuestión de la violencia sexual en situaciones de conflicto se han dado en el contexto de lo que denomina “justicia de género”²⁷⁷.

Por otro lado, como ya hemos apuntado, el reconocimiento y tipificación de manera universal y en una norma convencional de delitos relacionados con la violencia contra la mujer, convierten la aprobación del Estatuto de Roma en uno de los acontecimientos más significativos en esta materia. En particular, el Estatuto tipifica como delitos de lesa humanidad en el artículo 7 y como crímenes de guerra en el artículo 8 diferentes formas de violencias sexuales -la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable-, añadiendo a esta lista: la trata, la tortura, la desaparición forzada, los atentados contra la vida y la integridad corporal y los tratos crueles, humillantes y degradantes, entre otros²⁷⁸. En relación con la violación,

²⁷⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículo 7.1.h).

²⁷⁵ *Ibidem*, artículos 21.3, 42.9, 54.1b), y 68.1.

²⁷⁶ SELLERS, P. VISEUR: “Gender Strategy is Not Luxury for International Courts Symposium: Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes Before Internationalized Criminal Courts” en *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 17, número 2, 2009, pp. 327-335, p. 335.

²⁷⁷ *Vid.* DÍEZ PERALTA, op.cit., p. 114.

²⁷⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículos 7.1g) y 8.2b) xxii. Los crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7 del Estatuto, se definen por ser actos que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. Dos son los elementos que caracterizan a estos delitos: a) la ausencia del nexo con el conflicto armado, y b) la ausencia del requisito de un motivo discriminatorio. En cuanto a los crímenes de guerra

tanto el Estatuto como los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, recogen la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* para ofrecer una definición de síntesis de este delito que pasa a ser considerado un delito contra la integridad y no contra el honor. La Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba hace hincapié en que el silencio o la falta de resistencia de la víctima no equivale a aquiescencia tácita (Regla 70 c) y que la conducta y el historial sexual de la víctima carecen de relevancia probatoria (Regla 70 d)²⁷⁹. Pese a que podemos concluir que el consentimiento de la víctima no es un elemento constitutivo del delito de violación como crimen internacional, sin embargo, en la práctica se sigue atribuyendo gran peso a la prueba testifical de las víctimas de estos delitos, lo que acrecienta en muchos casos el riesgo de revictimización si no se trata a las víctimas con la suficiente delicadeza y con la consideración que merece haber sufrido un delito de este tipo, como ponen de manifiesto algunos estudios al respecto²⁸⁰. El elevado número de cargos por violación que se ha efectuado ante la Corte, no se corresponde, sin embargo, con el número de condenas. De tal manera que la primera condena por violación no se ha producido hasta 2016 en el caso *Bemba*, después de las absoluciones en los casos *Ngundjolo* y *Katanga*²⁸¹.

En cuanto al delito de esclavitud sexual, los Elementos de los Crímenes señalan tres elementos definitorios de este delito: a) el elemento de la esclavitud –el autor debe haber ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre las personas-, b) el elemento sexual –el autor obliga a esas personas a realizar actos de naturaleza sexual-, y c) el elemento subjetivo ligado a la naturaleza común de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Torroja sostiene la dificultad de la prueba de este tipo de delitos, en particular la dificultad de probar que se ha ejercido alguno de los atributos del derecho de propiedad en relación con las personas y que el autor haya hecho que esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual²⁸². Para algunos autores el delito de

tipificados en el artículo 8 del Estatuto, su castigo está condicionado por la existencia de un conflicto armado, ya sea internacional o interno.

²⁷⁹ Los Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000); Reglas de Procedimiento y Prueba, publicación de la Corte Penal Internacional, 2ª ed. 2013.

²⁸⁰ SHARRAT, S.: *Gender, Shame and Sexual Violence. The voices of Witnesses and Court Members at War Crimes Tribunals*, Ashgate Publishing Limited, England, 2011, pp. 127 y ss.

²⁸¹ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision and Sentence, ICC-01/0501/08, de 21 de junio de 2016. Movilla Pateiro apunta a un problema de falta de voluntad política real, a la que se une la falta de denuncias por parte de las víctimas, por vergüenza o miedo, lo que perpetúa la impunidad de este tipo de delitos. Vid. MOVILLA PATEIRO, op. cit. p.15.

²⁸² TORROJA MATEU, H.: “La consideración de la trata de mujeres y niños como crimen de derecho internacional” en *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas*

esclavitud sexual es un crimen característico de las nuevas guerras, en los que se pueden encuadrar, por ejemplo, las prácticas de grupos radicales como Boko Haram en Nigeria o el EIIL en Irak o Siria²⁸³.

La inclusión del embarazo forzado en el Estatuto de Roma resultó polémica por la resistencia que ofrecieron algunos Estados y el Vaticano por la cuestión del aborto²⁸⁴. Esta oposición repercutió en la delimitación de la conducta constitutiva del delito, lo que se pone de manifiesto en la aclaración del Estatuto recogida en el apartado 2 f) del artículo 7 referida a que la definición de embarazo forzado en modo alguno “afectará a las normas de derecho interno relativas al embarazo”, dando a entender que no es posible deducir la existencia de un derecho al aborto por ser víctima de este delito si la legislación interna de su país no lo permite. Hasta el momento la Corte sólo ha conocido cargos por este delito en el caso *Onwgen*. Para algunos autores, teniendo en cuenta el elemento subjetivo del delito –la intención de modificar la composición étnica de una población- el embarazo forzado puede considerarse, incluso, una conducta constitutiva de genocidio²⁸⁵. Por otro lado, la Corte aún no se ha pronunciado sobre los delitos de prostitución forzada y esterilización forzada, que con el Estatuto de Roma se incorporan por primera vez en un instrumento internacional de naturaleza penal.

Las disposiciones del Estatuto sobre violencia sexual – artículo 7.1g)- se cierran con una cláusula residual “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, que encierra dos problemas de aplicación: por un lado, determinar qué se entiende por actos de violencia sexual y por otro lado determinar el umbral de la gravedad de esos actos. En el primer caso, la Corte se ha pronunciado sobre la mutilación genital masculina que no ha considerado un acto de violencia sexual –caso *Kenyatta*-, y en el segundo se ha pronunciado sobre la desnudez forzada que no ha considerado de gravedad suficiente como para incluirla en esta categoría de delitos – caso *Bemba*-. Estamos de acuerdo con los autores que consideran que con estos pronunciamientos la Corte remite a una concepción estrecha y obsoleta de violencia

BADIA MARTÍ, A.Mª (Dir), ÁLVAREZ VERDUGO, M. *et al.*, Barcelona 2008, pp. 93-95. La autora sostiene que la tipificación del crimen de tráfico o trata de mujeres y niños en el Estatuto de Roma está influida por la acción de diversas ONG, especialmente sensibles en esta materia por las atrocidades cometidas contra mujeres y niños durante el conflicto de la Ex Yugoslavia.

²⁸³ LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales* ..., op. cit., p. 83.

²⁸⁴ DRAKE, A.M.: “Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women-A look at Forced Pregnancy under the Rome Statute” en *William and Mary Journal of Women and the Law*, vol. 18, 2011-2012, número 3, pp. 606-608.

²⁸⁵ MACKINNON, C.: “Rape, Genocide, and Women’s Human Rights” en *Harvard Women’s Law Journal*, vol. 17, 1994, pp. 5-47.

sexual, sin tener en cuenta el sufrimiento y la humillación que estos hechos ocasionan a las víctimas. La trata de mujeres y niñas se tipifica, a tenor de lo indicado en el artículo 7.1c) y su definición recogida en el apartado 2c) de la misma disposición, como delito de esclavitud, y no de violencia sexual, inclinándose el tratado por el aspecto de tráfico ilícito que caracteriza este delito más que por su matiz de explotación sexual²⁸⁶.

La tortura, por su parte, tipificada en el artículo 7.1f), se entiende, conforme a su apartado 2e), de manera suficientemente amplia como para incluir, además de los actos de los agentes estatales, los actos de los particulares. De esta manera, el Estatuto de Roma marca la diferencia con la Convención contra la Tortura de 1984 que se limita a los actos provenientes de agentes estatales. Las desapariciones forzadas de personas, tipificadas en el artículo 7.1i), en cambio, se circunscriben -como también ocurre en la Convención Internacional específica que las regula- a los actos cometidos por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, excluyendo las que puedan llevar a cabo agentes no estatales²⁸⁷.

En relación con los crímenes de guerra, entre los que se incluyen los atentados contra la vida y la integridad corporal y los tratos crueles, humillantes y degradantes, estos se tipifican de la manera más amplia que existe hasta el momento. El Estatuto recoge las infracciones graves establecidas en el Derecho Internacional Humanitario escrito y consuetudinario -Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya- extendiéndolas a cualquier tipo de conflicto, internacional o interno.

Sobre la tipificación de los delitos, debemos hacer tres observaciones. La primera, que en coherencia con la definición de género que incorpora el Estatuto, los delitos pueden afectar tanto a mujeres como a hombres, son neutrales en cuanto al género, salvo en el caso de aquellos cuya propia naturaleza impide que los hombres puedan ser sus víctimas, como el embarazo forzado. Esto significa que el Estatuto no contempla, por ejemplo, la violencia sexual como una forma de violencia contra la

²⁸⁶ Vid. Nota 18 de los Elementos de los Crímenes internacionales. Sobre la trata de personas como delito internacional, *vid.* OBOKATA, op. cit., pp.134 y ss. Para el autor, la trata encajaría en varios conceptos de esta disposición: en el concepto de esclavitud del art. 7.1c), en el concepto de “deportación o traslado forzoso de población del art. 7.1d), en el concepto de desaparición forzada de personas del art. 7.1i) e incluso en la cláusula de cierre contemplada en el art. 7.1k) del Estatuto de Roma.

²⁸⁷ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 diciembre de 2006. Instrumento de ratificación de España, 14 julio 2009, (BOE, núm. 42, 18-02-2011). Conforme al artículo 2 del texto, se entiende por desaparición forzada: “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.”

mujer o violencia basada en su género consecuencia de la desigualdad y discriminación contra la mujer. La segunda, que, como señalan algunos autores, en la criminalización de las conductas de violencia sexual persisten dudas sobre el alcance y contenido de algunos elementos definitorios de dichos crímenes, en especial de la fórmula residual utilizada en el artículo 7.1g) referida a “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”²⁸⁸. Y, la tercera, que las listas de delitos no agotan todas las modalidades de violencia contra la mujer que ésta pueda sufrir, es más, ni siquiera aparecen mencionadas aquellas cuya gravedad y extensión están reiteradamente contrastadas como, por ejemplo, la mutilación genital femenina y los matrimonios forzados. En relación con los matrimonios forzados, la Corte ha asimilado estos a la esclavitud sexual en algunas de sus sentencias -caso *Katanga* y *Lubanga*²⁸⁹- aunque en el caso *Ongwen* reconoce estos matrimonios como delitos distintos a la esclavitud sexual, incluyéndolos dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad con cabida en la cláusula residual del artículo 7.1k) “otros actos inhumanos”. En su opinión, los elementos que caracterizan a los matrimonios forzados no son suficientes para establecerlos como categoría autónoma²⁹⁰. A nuestro juicio, la laguna que pesa sobre los matrimonios forzados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se extiende también al Derecho Internacional Penal, en el que no encuentra hueco una práctica dañina tan extendida, a la que son especialmente vulnerables las mujeres y las niñas en situaciones de conflictos armados, como ha señalado UNICEF en relación con los matrimonios de las niñas sirias en los campamentos de refugiados²⁹¹. La comunidad internacional se ha comprometido a erradicar y castigar estos matrimonios, por lo que es preciso que el Derecho Internacional emprenda una labor de delimitación y clarificación del concepto y su inclusión como delito con entidad propia que permita el enjuiciamiento de sus autores para poner fin a su impunidad. A pesar de las carencias apuntadas, la doctrina destaca como aportaciones básicas del Estatuto: a) una tipificación sistemática y expresiva de las violencias sexuales como crímenes de guerra,

²⁸⁸ Vid. LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales* ..., op. cit. p. 67.

²⁸⁹ Vid. *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo/Chui*, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), párrafo 431; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to article 74 of Statute (ICC-01/04-01/06-2842), párrafo 36.

²⁹⁰ Vid. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, ICC-02/04-01/15, de 22 de diciembre de 2015, párrafos 89 y 91. Un debate sobre los pros y los contras de un nuevo crimen de matrimonio forzado y su diferencia con la violencia sexual en: LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ *Crímenes internacionales* ..., op. cit., p. 94 y ss.

²⁹¹ Vid. UNICEF noticias de 18/03/2018, disponible en: <https://www.unicef.es/prensa/dia-internacional-de-la-mujer-los-responsables-de-unicef-y-acnur-piden-desde-libano-mas> (última visita 17/04/2019).

crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio, incorporando definiciones que contribuyen a la necesaria especificación del tipo penal internacional; y b) una incorporación explícita de la dimensión del género en otros tipos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, en particular la esclavitud, y especialmente la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos de género²⁹².

La responsabilidad que depura el sistema de justicia penal internacional es una responsabilidad individual y personal, esto es, las disposiciones del Estatuto se aplican a los representantes del Estado y a los particulares que participen como autores, cómplices, incitadores directos o conspiradores. Al respecto, Lirola Delgado y Martín Martínez advierten, en relación con los crímenes de violencia sexual, del efecto colateral no deseado que se puede producir en el caso de que la responsabilidad individual diluya la responsabilidad estatal contribuyendo a reforzar las desigualdades de género que persisten en muchos ordenamientos jurídicos²⁹³.

El Estatuto de Roma es un baluarte importante en la lucha contra la impunidad de los delitos que criminaliza, sin embargo, hay algunas zonas de sombra que la pueden obstaculizar. El profesor Rodríguez Carrión identifica una de ellas en aquellos supuestos en los que la persecución de las conductas criminales choca con instituciones previamente existentes y profundamente arraigadas en el ordenamiento internacional, en concreto se refiere al sistema de inmunidades personales de las que gozan ciertas personas en virtud de un estatuto jurídico cualificado, que el Estatuto de Roma en su artículo 98 obliga a respetar. En su opinión “será imprescindible eliminar cualquier atisbo de inmunidad personal con que puedan defenderse los delincuentes, independientemente de su posición o estatuto”²⁹⁴. Otra vía de escape que propicia la impunidad proviene de la no ratificación del Estatuto de Roma, ya que la CPI sólo puede actuar cuando el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o del que es nacional el acusado haya ratificado el Estatuto. Fuera de estos casos, no obstante, existen dos posibilidades para que el tribunal pueda ejercer su competencia: 1) que el Estado del que es nacional el acusado y no es parte en el tratado, acepte su competencia respecto del crimen en cuestión, y 2) que el Consejo de Seguridad, actuando conforme a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, remita al Fiscal una

²⁹² Vid. OJINAGA RUÍZ *La prohibición y criminalización...* op.cit., p. 265.

²⁹³ LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales...*, op. cit. p. 119.

²⁹⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: “Derechos humanos y lucha contra la impunidad” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.) PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), Vol. 1, 2009, pp. 63-92.

situación en la que se sospeche la comisión de un crimen de su competencia²⁹⁵. Estas alternativas permiten, en teoría, que los nacionales de un Estado que no haya ratificado el Estatuto puedan ser internacionalmente perseguidos por los crímenes que hayan cometido en el extranjero, lo que representa un avance importante en la lucha contra la impunidad. Si bien, como señala acertadamente Abrisketa, algunas de las carencias de la Corte que ponen en entredicho la pretendida jurisdicción universal son el altísimo porcentaje de población mundial que representan los Estados que no han ratificado el Estatuto –Estados Unidos, Rusia, China, India e Israel- y que pertenecen muchos de ellos al Consejo de Seguridad con derecho de veto, y la no inclusión en el ámbito de su competencia de los actos de terrorismo o narcotráfico²⁹⁶.

También puede suponer una fisura en el sistema de justicia internacional la aplicación del principio de complementariedad que rige la actuación de la CPI. Como sabemos, la competencia de la Corte no es prioritaria sino complementaria de la jurisdicción nacional, lo que significa que la existencia del tribunal internacional no excluye las jurisdicciones penales nacionales a las que corresponde el primer nivel de defensa de los derechos humanos, de tal manera que, cuando la justicia nacional actúa, la otra debe callar²⁹⁷. El problema puede aparecer cuando los crímenes son cometidos por personas pertenecientes al aparato del Estado y los tribunales internos evitan o juzgan benévolamente a estas personas. La Corte se puede quedar sin juzgar estos casos abriéndose la brecha en el sistema de justicia que facilita la persistencia de la impunidad. Una importante contribución a la lucha contra la impunidad la representa la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad, que dispone que la responsabilidad derivada de estos delitos no prescribe nunca²⁹⁸.

Por otro lado, es importante señalar otra deficiencia que se le ha achacado al Estatuto de Roma y que proviene del sistema de acceso a la Corte. La legitimación activa para actuar ante el tribunal la tienen únicamente los Estados Partes en el Estatuto, el Fiscal y el Consejo de Seguridad. Las víctimas no pueden instar de forma directa la actuación de la Corte. Esta limitación merma el derecho de acceso a la justicia

²⁹⁵ *Vid.*, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículos 12 y 13.b).

²⁹⁶ *Vid.* ABRISKETA *La Corte Penal Internacional...*, op. cit., p. 655.

²⁹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículos 1, 17, 18 y 19.

²⁹⁸ Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes against humanity, 26 de noviembre de 1968. United Nations *Treaty Series*, vol. 754, p. 73. Estados partes: 55. (España no ha ratificado la Convención). Conforme a la Convención son imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

internacional y debilita el sistema de protección universal de los derechos humanos en general, y de las mujeres en particular. A pesar de ello, el Estatuto reserva un lugar para la participación de las víctimas durante el procedimiento -proporcionando información en las actuaciones previas de investigación-, durante el proceso -presentando observaciones o pruebas y participando en las audiencias-, y, la que consideramos más relevante, como testigos de cargo²⁹⁹. Sin embargo, para la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, el hecho de que las mujeres víctimas de violencia sexual sean tratadas como testigos y no como parte acusadora es una deficiencia del sistema penal internacional³⁰⁰. En la misma línea, los autores que han analizado el Estatuto desde el punto de vista de la participación de las víctimas opinan que la mayoría de las posibilidades de participación de éstas ante la Corte no están al servicio de la justicia restaurativa, y, cuando lo están, son demasiadas las limitaciones e imponderables que pueden impedir su consecución³⁰¹. Otros autores han puesto el acento en la protección de los testigos y víctimas para evitar la victimización secundaria que puede derivarse de su doble condición³⁰².

La investigación y procesamiento de los crímenes por violencia sexual tampoco está exenta de deficiencias y obstáculos técnicos-procesales que explican la desproporción entre el número de crímenes y el número de juicios y condenas³⁰³, y que algunos autores identifican en tres áreas: en su marco regulador, en las consecuencias de la ausencia histórica de la perspectiva de género y en la doble dimensión – individual/colectiva, pública/privada- de los bienes protegidos³⁰⁴.

²⁹⁹ Vid. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículos 64.6 b) y d), 66.2, 69.3.

³⁰⁰ Vid. E/CN.4/2003/75, Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, cit. supra, párrafo 22.

³⁰¹ ORIHUELA CALATAYUD, E.: “¿Justicia restaurativa para las víctimas? El Papel de la Corte Penal Internacional” en *Conflictos, Nuevos Colonialismos y Derechos Humanos en una Sociedad Internacional en crisis*, Donostiako Giza Eskubideei buruzko, Ikastaroen Urtekaria, Vol. XIII, Bilduma, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Juan Soroeta Licerías (Dtor.), 2013, pp. 23-80.

³⁰² AGIRRE-ARANBURU, X.: “La violación sexual más allá de toda duda razonable: el uso de prueba y análisis de patrones en casos internacionales” en *Est. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 13(2), julio-diciembre de 2011, pp. 11-42. Para el autor, la evidencia y el análisis de patrones han sido empleados con éxito, pero de manera limitada para la investigación de la violencia sexual en casos internacionales y deben desarrollarse aún más a distintos niveles. Vid. ORIHUELA CALATAYUD, E.: *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014, pp. 51-68.

³⁰³ AMBOS, K.: “Thematic investigation and prosecution of International sex crimes: some critical comments from a theoretical and comparative perspective” en *Thematic prosecution of sex crimes*, M. Bergsmo (Ed.) FICHL Publication Series núm.1, 2012, pp. 291 -315.

³⁰⁴ Vid. LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *Crímenes internacionales ...*, op. cit., p. 116.

En definitiva, la perspectiva de derechos humanos y de género que adopta el Estatuto de Roma, junto con la criminalización de algunas formas de violencia contra la mujer como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra son, en nuestra opinión, elementos claves del texto y del sistema de justicia internacional que refuerzan y legitiman los postulados de la DEVAW. La interpretación de las normas penales internacionales bajo los focos de luz que pone la DEVAW y todas las normas de derechos humanos, enriquece el Derecho Internacional en su conjunto y contribuye a la protección de la integridad de las mujeres, aunque, como advierte Patricia Viseur, aún se requiere una aplicación alerta y justa de los delitos de género relevantes y de las formas de responsabilidad penal que de ellos se derivan para construir un sistema de justicia internacional que no resulte discriminatorio³⁰⁵.

³⁰⁵ VISEUR SELLERS, P.: “Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: la importancia de los derechos humanos como medio de interpretación”, (s.f.), pp. 1-44. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf (última consulta 17/04/2019).

**PARTE SEGUNDA. - LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE
LA MUJER EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS.**

Los instrumentos jurídicos de ámbito universal aprobados específicamente con el fin de prohibir la violencia contra la mujer carecen de fuerza jurídica vinculante para los Estados. Sin embargo, dos sistemas regionales de protección de derechos humanos, la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Consejo de Europa, han aprobado las únicas normas internacionales de carácter vinculante que hasta la fecha se han elaborado con el fin de prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer: la Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul. Ambos tratados se han convertido en paradigmas en el tratamiento de la violencia contra la mujer. A ellos hay que sumar el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, denominado Protocolo de Maputo, adoptado en el seno de la UA que, aunque no es un tratado específico que regule la violencia contra la mujer incorpora disposiciones avanzadas relacionadas con la misma.

En esta Parte Segunda de la tesis estudiaremos los principales sistemas regionales de protección de derechos humanos para conocer las herramientas jurídicas de las que disponen para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer en todos los ámbitos donde ésta se produce.

CAPÍTULO VI.- EL MARCO JURÍDICO EUROPEO

En Europa coexisten dos sistemas de protección de derechos humanos. El primero, diseñado y creado *ex professo* para este fin, es el del Consejo de Europa; el segundo, el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La puesta en marcha de ambos sistemas es completamente diferente, aunque, tanto el Consejo de Europa como las Comunidades Europeas surgen en el mismo momento histórico y comparten -en opinión de algunos autores- las mismas razones y lógicas de creación¹. Analizaremos en este Capítulo ambos sistemas para conocer la protección que conceden a la integridad física y moral de las mujeres, comenzando por el Consejo de Europa por ser la organización internacional que se constituyó en fechas más tempranas con el exclusivo fin de proteger los derechos humanos en Europa.

1.- EL CONSEJO DE EUROPA.

1.1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El Consejo de Europa² es la máxima institución en materia de derechos humanos en el ámbito europeo. En opinión de la doctrina, los Estados miembros del Consejo de Europa han creado el sistema más avanzado de protección internacional de los derechos humanos que se ha convertido en paradigma de los establecidos con posterioridad³. Este

¹ SANZ CABALLERO, S: “Los derechos fundamentales como instrumento de integración regional en Europa”, *Revista URBE et IUS*, Buenos Aires, núm. 13, 2014, pp. 75-82, p. 76.

² Estatuto del Consejo de Europa (número 001), hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa (BOE núm. 51 de 1 de marzo de 1978). Forman parte del Consejo de Europa la totalidad de los países europeos (47 Estados miembros), salvo Bielorrusia. El Consejo representa a 800 millones de personas. Su sede está en Estrasburgo y su órgano más activo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Página oficial, <http://www.coe.int/es/web/portal/home>. Conforme al artículo 10 del Estatuto del Consejo de Europa, los órganos del Consejo de Europa son: el Comité de Ministros y la Asamblea Consultiva. La Asamblea Consultiva, órgano deliberante del Consejo, elige al Secretario General del Consejo de Europa, que es el que dirige y representa la organización, así como al Comisionado de Derechos Humanos y a los jueces del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

El Consejo de Europa se constituyó con la finalidad, establecida en el artículo 1 de su Estatuto, de “realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. Dicha finalidad se lleva a cabo, entre otras cosas, mediante la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se trata de la organización internacional europea más antigua del continente, cuyos principios básicos, que todo Estado miembro está obligado a reconocer, son: el principio del imperio del Derecho y el principio del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción. Estos fundamentos éticos y jurídicos sobre los que se ha erigido el Consejo de Europa han propiciado su reconocimiento como la máxima institución en materia de derechos humanos en el ámbito europeo.

³ *Vid.* CASTILLO DAUDÍ, op.cit., p. 112; PASTOR PALOMAR, A.: “El sistema europeo: El Consejo de Europa (I)” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE

sistema tiene un doble fundamento convencional: por una parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que garantiza principalmente derechos civiles y políticos; y, por otra parte, la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, que garantiza los derechos económicos y sociales.

El CEDH⁴ -el primer Convenio sobre derechos humanos del continente europeo- concibe un sistema de protección de derechos humanos caracterizado por su vitalidad, ya que, tanto el texto como sus Protocolos Adicionales, son instrumentos permanentemente actualizados⁵. Los derechos protegidos en el texto⁶ se reconocen “a

ROMANI, C. (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp.129-159; pp. 131-135. Para este autor, el hecho de que la persona humana goce hoy de un acceso directo ante un tribunal internacional, el TEDH, en un plano de igualdad con el acceso directo de los Estados, sitúa al sistema regional europeo en una posición más avanzada que el sistema interamericano, previsto en la Convención de 1969, el sistema africano, previsto en la Carta africana de 1981, y el sistema universal creado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y más en concreto en su Protocolo Facultativo; p. 135.

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No.005, Rome, 04/11/1950, entrada en vigor el 03/09/1953. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979). El CEDH ha sido ratificado por todos los países miembros del Consejo de Europa.

El Convenio ha sido completado con los siguientes Protocolos: Protocolo Adicional al Convenio de 20 de marzo de 1952, Protocolo número 1 (ETS No. 009, BOE 12 marzo 1991), Protocolo núm. 4 que añade nuevos derechos y libertades (ETS No. 046, BOE 12 enero 1991), Protocolo núm. 6 relativo a la abolición de la pena de muerte (ETS No. 114, BOE 6 mayo 1999), Protocolo núm. 7 de 22 noviembre de 1984 (ETS No. 117), Protocolo núm. 12, de 4 de noviembre de 2000 (ETS No. 177) que establece una prohibición general de discriminación, Protocolo núm. 13 sobre la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, de 3 de mayo de 2002 (ETS No. 187). Las disposiciones del Convenio y los Protocolos han sido derogadas o enmendadas por el Protocolo núm. 11, de 11 mayo de 1994, sobre reestructuración de los mecanismos de control (BOE 26 junio de 1998). Los Protocolos más recientes son: el Protocolo núm. 14 (STCE 194), Protocolo núm. 15, de 24 de junio de 2013 (CETS No. 213, aún no ratificado por España) y Protocolo núm.16, 2 de octubre de 2013 (CETS No. 214, aún no ratificado por España). Disponibles en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/>

En opinión de Carrillo Salcedo el establecimiento y puesta en práctica de un complejo mecanismo institucionalizado de garantía para asegurar el respeto efectivo de las obligaciones asumidas por los Estados Partes, es sin lugar a duda, el signo más característico y distintivo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F. (Dir), PUREZA, J.M., Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 395-440, p. 396. Del mismo autor, véase: CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos...*, op. cit., p. 67.

⁵ Vid. CASTILLO DAUDÍ, op.cit. p. 115. Una muestra de esa vitalidad la representan los dos últimos Protocolos del Convenio, Protocolos 15 y 16 que dan cuenta de la constante revisión del sistema. Sobre dichos Protocolos, véase: LÓPEZ GUERRA, L.M.: “Los Protocolos de reforma número 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos” Civitas, *Revista española de derecho europeo*, núm. 49, 2014, pp. 11-29.

⁶ El Convenio consta de cincuenta y nueve artículos repartidos en tres Títulos, el primero de ellos recoge los derechos y libertades reconocidos a todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte del tratado (artículos 2 a 18); el segundo, establece la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y regula su competencia, funciones y composición (artículos 19 a 51); y el tercero, regula disposiciones diversas relativas al Convenio (artículos 52 a 59). Los derechos reconocidos en el texto son: el derecho a la vida; la prohibición de tortura; la prohibición de esclavitud y trabajo forzado; el derecho a la libertad y seguridad; el derecho a un proceso equitativo; el derecho del respeto al principio *nulla poena sine lege*; el derecho al respeto a la vida privada y familiar; la libertad de pensamiento, conciencia y

toda persona”, “a todo ser humano”. Entre ellos, el Convenio no incluye ningún reconocimiento a las dificultades que tienen las mujeres en el ejercicio de esos derechos ni a la situación de vulnerabilidad frente a la violencia basada en su género, ausencia lógica, por otra parte, dada la fecha de aprobación del texto. Las referencias más explícitas a los derechos de las mujeres vinieron más tarde, con la aprobación del Protocolo número 7 que incluyó la igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre los cónyuges y en sus relaciones con los hijos, durante el matrimonio y en caso de su disolución, y con el Protocolo número 12 que prohibió cualquier forma de discriminación por razones de género en el goce de los derechos reconocidos por la ley. En opinión de Carrillo Salcedo, los derechos y libertades reconocidos por el CEDH ponen de manifiesto dos datos, a saber: que tales derechos y libertades se enuncian mediante conceptos jurídicos indeterminados que necesitan una posterior concreción al caso concreto; y, que el Convenio protege fundamentalmente derechos civiles y políticos⁷.

La obligación principal de los Estados Partes en el Convenio, establecida en su artículo 1, es la obligación de respetar los derechos humanos. La interpretación que ha hecho el órgano judicial surgido del Convenio sobre este artículo ha sido decisiva para comprender su alcance. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado, por un lado, que el Convenio es un instrumento convencional de un “orden público europeo” para la protección de los seres humanos, y que los Estados deben responder de las violaciones de los derechos y libertades protegidos en el Convenio de las que sean víctimas las personas sometidas a su jurisdicción. Y, por otro lado, que la obligación de respeto de los derechos humanos no consiste únicamente en no violentarlos sino en hacer lo posible para que su protección sea efectiva⁸. Esta

religión; la libertad de expresión; la libertad de reunión y de asociación; el derecho a contraer matrimonio; el derecho a un recurso efectivo; y la prohibición de discriminación.

⁷ Vid. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit., p. 398. No obstante, como este mismo autor señala, la jurisprudencia del TEDH, mediante una interpretación finalista de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del CEDH, ha contribuido a superar la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, dando cabida a estos últimos en una de sus sentencias más emblemáticas sobre esta materia, el asunto *Airey contra Irlanda*, en cuyo párrafo 26 el Tribunal afirma que no existe una separación tajante entre esa esfera (se refiere a la esfera de los derechos económicos y sociales) y el campo cubierto por el Convenio. *Ibidem*, pp. 428-429.

⁸ Asunto *Chypre c. Turquía*, sentencia de 10 mayo de 2001; asunto *Soering c. Royaume Uni*, sentencia 7 de julio de 1989; asunto *Issa and Others v. Turkey*, 16 noviembre de 2004. La existencia de un “orden público europeo” no significa, a juicio de Carrillo Salcedo, que el sistema del Convenio y sus Protocolos Adicionales constituyan un *ius commune* europeo de los derechos humanos porque en el entramado normativo que integran estos textos operan factores de fragmentación y relativismo que limitan su alcance, tales como, el hecho de que no todos los Estados Partes en el Convenio se encuentran obligados por los Protocolos Adicionales, y la posibilidad de que los Estados Partes puedan formular reservas y

interpretación del Tribunal ha servido de fundamento de la teoría de las obligaciones positivas de los Estados, con gran repercusión a la hora del enjuiciamiento de algunas formas de violencia contra la mujer. Dicha teoría se formula en el siguiente sentido: el Convenio no sólo impone a los Estados obligaciones negativas, de no hacer, para conseguir que las personas gocen de manera efectiva de sus derechos, sino también obligaciones positivas, de hacer, para prevenir e impedir que los particulares lesionen dichos derechos.

La doctrina también ha abordado el principio de las obligaciones positivas de los Estados, que lo ha conceptualizado como el efecto horizontal de los derechos del Convenio (*Drittwirkung*), refiriéndose con ello a la extensión de su aplicación a la actuación de actores no estatales como consecuencia de no haber actuado el Estado con la diligencia debida para proteger, respetar y garantizar los derechos de las personas que se hayan bajo su jurisdicción. La extensión horizontal del Convenio se observa en dos momentos: cuando el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para disminuir o evitar el riesgo de lesión de los derechos; y cuando, una vez se haya producido la lesión, el Estado no realiza una investigación eficiente para perseguir y castigar al responsable⁹.

1.2.- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La función de control del cumplimiento efectivo de la obligación de respetar los derechos humanos corresponde en exclusiva, desde que entró en vigor en 1998 el Protocolo número 11 del Convenio, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de carácter permanente y jurisdicción obligatoria¹⁰. La jurisprudencia del TEDH se ha

declaraciones interpretativas al Convenio o a alguno de sus Protocolos. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit. pp. 403-406.

⁹ *Vid.* ALIJA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 10.

¹⁰ Inicialmente la responsabilidad del control de la aplicación del Convenio correspondía a tres instituciones: la Comisión Europea de Derechos Humanos instituida en 1954, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos instituido en 1959 y el Comité de Ministros del Consejo de Europa establecido en los artículos 15 y 17 del Convenio. A partir de la adopción del Protocolo núm. 11 de 1998, que enmienda el Convenio reformando su mecanismo de control, se reforzó el carácter judicial del mecanismo de control del Convenio y se hizo obligatoria su jurisdicción; de tal manera que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, es en la actualidad, el único órgano judicial competente para resolver sobre la violación de los derechos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos.

Al Tribunal se le atribuyen dos tipos de competencias, la contenciosa y la consultiva. En ejercicio de la primera de ellas, -obligatoria para los Estados-, el Tribunal puede conocer de asuntos entre los Estados Partes, a través del procedimiento denominado “asuntos interestatales”, regulado en el artículo 33 del Convenio; y de asuntos planteados por particulares mediante demandas individuales sustanciadas conforme al procedimiento previsto en el artículo 34 del Convenio. En el asunto *Klass and Others v. Germany*, el TEDH estimó que el acceso directo de las personas al sistema de protección de sus derechos “is one of the keystones in the machinery for the enforcement of the rights and freedoms set forth in the

desarrollado siguiendo dos grandes tendencias: por un lado, la que aplica la doctrina del margen de apreciación de los Estados, que pretende conciliar los intereses del individuo con los de la comunidad; y, por otro lado, la doctrina que aprecia la especial naturaleza del Convenio y adopta una interpretación evolutiva, dinámica y teleológica de éste¹¹. En virtud de esta última línea jurisprudencial se ha podido llevar a cabo lo que Carrillo Salcedo denomina “la protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el Convenio”¹², que ha sido decisiva para la protección de la integridad física y moral de las mujeres en Europa. Por tanto, podemos decir que esta interpretación amplia y extensiva del Tribunal de Estrasburgo ha permitido que los derechos de las mujeres frente a actos de violencia basados en su género encuentren amparo en las disposiciones del CEDH.

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha enjuiciado los casos de agresión y violencia sexual como una infracción del artículo 8 del CEDH -respeto a la vida privada

Convention...” Vid. (*Case of Klass and Others v. Germany*, 6 de septiembre de 1978, Application no. 5029/71, párrafo 34). A través del recurso individual cualquier persona física, organización no gubernamental, o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por un Estado Parte, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, puede presentar una demanda ante el TEDH. Dicha demanda debe reunir determinados requisitos para su admisibilidad, tales como el agotamiento previo de los recursos judiciales internos, y demás condiciones establecidas en el artículo 35 del Convenio. Las sentencias del TEDH tienen fuerza obligatoria, el efecto de *cosa juzgada* respecto al Estado demandado y el llamado por la doctrina efecto de *cosa interpretada*, *erga omnes*, en el sentido que todos los Estados Partes, y no sólo el Estado demandado, tienen la obligación jurídica de tomarla en consideración. Los Estados Partes, pues, están obligados a acatar las sentencias del tribunal en los litigios en que sean partes, y el Comité de Ministros -órgano ejecutivo del Consejo de Europa- será el encargado de velar por su ejecución. Esta función de ejecución otorgada al Comité de Ministros pone de manifiesto, a juicio de Carrillo Salcedo, una dimensión de extraordinaria significación jurídica, en cuanto que introduce la participación de un mecanismo institucionalizado para asegurar el respeto del Derecho. Este mismo autor señala un difícil problema que suscitan las sentencias del TEDH en relación con su naturaleza declarativa y no ejecutoria, esto es, el Tribunal puede declarar la infracción del Convenio pero no puede pronunciarse sobre el cumplimiento y ejecución por parte del Estado infractor de la decisión que adopte al respecto, lo que implica la necesidad de establecer cauces procedimentales adecuados para darles efectividad. La mayor dificultad jurídica se suscita, según Carrillo Salcedo, cuando la decisión del Tribunal sobre la violación del Convenio trae causa de una sentencia firme dictada previamente por un tribunal interno. Además de la competencia contenciosa, el Tribunal tiene la facultad de emitir opiniones consultivas, del modo que regulan los artículos 47, 48 y 49 del Convenio, siempre a solicitud del Comité de Ministros y sobre la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.

Sobre el mecanismo de protección jurisdiccional instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las innovaciones que supuso en el Derecho Internacional, véase CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit. pp. 407 y ss.

¹¹ El asunto *Case of Handyside v. The United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976, Application n. 5493/72 es representativo de la primera tendencia, y el asunto *Case of Loizidou v. Turkey*, 23 de marzo de 1995, (40/1993/435/514) de la segunda.

¹² Vid. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit. pp. 421-431. Sobre el análisis de esta última línea jurisprudencial, Carrillo Salcedo destaca cuatro aspectos: 1) el principio de proporcionalidad como factor de corrección; 2) la interpretación de las obligaciones positivas de los Estados Partes en relación con el artículo 1 del Convenio; 3) la consideración de que los derechos reconocidos son derechos efectivos y concretos, y no ilusorios o teóricos; y, 4) la protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el Convenio.

y familiar- y como una forma de tortura y malos tratos contraria al artículo 3 del texto. Así, en el asunto *X e Y c. Países Bajos* (1985) el Tribunal estimó que un acto de violencia contra una mujer cometido por un particular infringía el derecho a la vida privada y familiar¹³. En el asunto *Aydin c. Turquía* (1997), caso de la agresión sexual de una mujer por un agente del Estado, el Tribunal consideró que las agresiones sexuales sufridas por la víctima se podían considerar como una forma de tortura¹⁴. En el asunto *MC contra Bulgaria* (2003)¹⁵, caso de violación sexual de una niña de 14 años, el tribunal afirmó que la obligación positiva de los Estados consiste en promulgar disposiciones de Derecho Penal que penalicen eficazmente la violación y en aplicar dichas disposiciones mediante investigaciones y procesos judiciales eficaces. El Tribunal consideró que históricamente se requería pruebas de fuerza y resistencia física en los casos de violación sexual, pero que, sin embargo, en las últimas décadas la tendencia firme y clara en Europa y en otras partes del mundo se ha dirigido hacia el abandono de definiciones formalistas e interpretaciones limitadas del concepto de violación. Con estos argumentos, el Tribunal concluyó que cualquier enfoque limitado que sea utilizado para condenar los delitos sexuales, como requerir pruebas de resistencia física, puede llevar a que ciertos tipos de violencia no sean penados, y puede poner en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos. En el caso *Affaire N.A. contra República de Moldavia* (2013), el Tribunal afirmó que el artículo 3 del CEDH consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que no contiene ninguna restricción, y reiteró que los Estados tienen la obligación positiva de promulgar leyes penales que castiguen la violación y la obligación de aplicarlas a través de una investigación y persecución eficaz¹⁶.

¹³ Vid. *Case of X and Y v. The Netherlands* (application no. 8978/80), 26 de marzo 1985. Párrafo 23: “The Court recalls that although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (see the *Airey* judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 17, para. 32). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.”

¹⁴ Vid. *Case of Aydin v. Turkey* (57/1996/676/866), 25 september 1997. Párrafo 86. “Against this background the Court is satisfied that the accumulation of acts of physical and mental violence inflicted on the applicant and the especially cruel act of rape to which she was subjected amounted to torture in breach of Article 3 of the Convention. Indeed the Court would have reached this conclusion on either of these grounds taken separately.”

¹⁵ Vid. *Case of MC. v. Bulgaria*, cit. supra, párrafo 149 y ss.

¹⁶ Vid. *Case Affaire N.A. c. République de Moldova*, (Requête n° 13424/06) 24 septembre 2013), párrafos 63 y 65. Estos mismos principios se aplicaron en otras sentencias sobre violación sexual, como en el asunto *DJ contra Croacia* (*Case of D.J. v. Croatia* (Application no. 42418/10) 24 July 2012).

La teoría de las obligaciones positivas es el fundamento de numerosas sentencias del Tribunal en las que ha extendido la aplicación del Convenio a las relaciones entre particulares. En el asunto *B. contra la República de Moldavia* (2013)¹⁷, caso de violencia doméstica por malos tratos físicos e insultos sistemáticos del marido hacia su mujer, el Tribunal señala que el artículo 1 del Convenio, en conjunción con el artículo 3, impone a los Estados obligaciones positivas para asegurar a las personas que están bajo su jurisdicción la protección contra todas las formas de malos tratos, incluso cuando esos malos tratos provienen de un particular. La obligación de los Estados incluye una protección eficaz frente a actos de un tercero, así como la adopción de medidas para prevenir esos malos tratos. Estos mismos argumentos fueron esgrimidos por el Tribunal en el asunto de *Eremia y otros contra la República de Moldavia* (2013), caso de violencia doméstica, violencia física y abusos del marido a la mujer e hijos, y en el emblemático caso *Opuz contra Turquía* (2009), también sobre violencia doméstica con resultado de muerte¹⁸.

La necesidad de que el Estado lleve a cabo una investigación oficial eficaz fue tratada en el asunto *Branko Tomasic y otros contra Croacia* (2009)¹⁹, caso de violencia doméstica con resultado de muerte, en el que el Tribunal apuntó que el aspecto procesal del artículo 2 del CEDH implica el deber de llevar a cabo una investigación efectiva para asegurar la aplicación de las leyes nacionales que protegen el derecho a la vida. Lo mismo señala en el asunto *Durmaz contra Turquía* (2014)²⁰, caso de violencia doméstica con resultado de muerte, en el que advierte que cualquier deficiencia en una investigación que socave la capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona responsable de esa muerte, puede dar lugar al incumplimiento de la norma de la debida diligencia por parte del Estado. En definitiva, para el Tribunal, la obligación de investigación no es una obligación de resultado, sino de medios²¹.

¹⁷Vid. *Case of B. v. The Republic of Moldova*, cit. supra, párrafo 43. “It further reiterates that Article 1 of the Convention, taken in conjunction with Article 3, imposes on the States positive obligations to ensure that individuals within their jurisdiction are protected against all forms of ill-treatment prohibited under Article 3, including where such treatment is administered by private individuals.”

¹⁸ Vid. *Case of MC. v. Bulgaria*, cit. supra, párrafo 149; *Case of Eremia and Others v. The Republic of Moldova*, cit. supra, párrafo 49; *Case of Opuz v. Turkey*, cit. supra.

¹⁹ Vid. *Case of Branko Tomasic and Others v. Croatia*, cit. supra, párrafos 49, 61, 62.

²⁰ Vid. *Case of Durmaz v. Turkey*, cit. supra.

²¹ Vid. *Case of Eremia and Others v. The Republic of Moldova*, cit. supra, párrafo 51: “51. Furthermore, Article 3 requires that the authorities conduct an effective official investigation into the alleged ill-treatment even if such treatment has been inflicted by private individuals... For the investigation to be regarded as “effective”, it should in principle be capable of leading to the establishment of the facts of the case and to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but one of means...” En otros casos de violencia doméstica el Tribunal ha llegado a las mismas

De la jurisprudencia del TEDH podemos señalar varios aspectos. En primer lugar, su evolución en el tratamiento de la protección de los derechos de las mujeres y, en particular, de su integridad física y moral. La jurisprudencia del Tribunal se inicia con la ausencia de cualquier referencia a la cuestión de género que impregna el problema de la violencia contra las mujeres, y evoluciona hacia una progresiva ampliación de los derechos del Convenio que se ven lesionados en casos de violencia. Esta evolución positiva ha tenido su máxima expresión a partir de la primera década del presente siglo, en la que se puede observar un incremento de los casos resueltos por el Tribunal sobre diferentes manifestaciones de violencia contra las mujeres. En segundo lugar, la labor clave que ha llevado a cabo el Tribunal en la interpretación del CEDH y el desarrollo de la teoría de las obligaciones positivas de los Estados para la protección efectiva de los derechos humanos, que ha permitido extender las obligaciones de los Estados a los actos de violencia contra las mujeres cometidos por particulares. Y, en tercer lugar, el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres lesiona los derechos más fundamentales, los derechos inderogables, establecidos en el Convenio, tales como el derecho a la vida del artículo 2, o el derecho a no sufrir tortura o malos tratos del artículo 3. Este aspecto da cuenta de la importancia que le otorga el tribunal a las agresiones contra las mujeres basadas en su género, aunque se produzcan en un ámbito íntimo y por actores privados, y la responsabilidad que al respecto adquieren los Estados para prevenirlas, investigarlas y castigarlas²².

1.3.- La Carta Social Europea (CSE).

La Carta Social Europea- y sus sucesivas revisiones²³-, segundo pilar del sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, tampoco adopta un enfoque

consideraciones, por ejemplo, *Case of Mudric v. The Republic of Moldova* (Application no. 74839/10) 16 July 2013); *Case of Valiulienė v. Lithuania* (Application no. 33234/07), 26 March 2013); y *Case of E.S. and Others v. Slovakia* (Application no. 8227/04) 15 September 2009).

²² Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal en relación con la violencia doméstica, *vid.* ALIJA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 5-21.

²³ European Social Charter, Turin, 18/10/1961 CETS No.035 (ratificada por España el 06/05/1980, BOE núm. 153 de 5 junio 1980). Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 5 de mayo de 1988 (BOE núm. 99 de 25 abril de 2000), amplía los derechos protegidos en la Carta Social Europea. Protocolo de Enmienda de la Carta Social Europea, de 21 de octubre de 1991, CETS No.142 (ratificado por España el 24/01/2000), mejora el mecanismo de control de la Carta Social. Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 9 de noviembre de 1995, CETS No.158 (no ratificado por España), establece un sistema de reclamaciones colectivas. Carta Social Europea Revisada de 3 mayo de 1996, CETS No.163 (firmada por

de género ni hace referencia explícita a las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer que lesionan sus derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos que reconoce la Carta -derechos relativos al trabajo, derechos sindicales, derechos de protección y de asistencia social, y derechos relativos a la formación profesional²⁴- encontramos algunas referencias explícitas a los derechos de las mujeres. En concreto, la Carta recoge la prohibición de discriminación por motivos de sexo, el derecho de las trabajadoras a una protección especial, y el derecho de las madres a una protección social y económica²⁵. Los derechos de las mujeres, pues, se contemplan desde el punto de vista de la protección especial que los Estados deben dispensar a éstas por su condición de madres y de trabajadoras.

La laguna de la CSE respecto a la protección de las mujeres frente a la violencia basada en su género ha sido suplida por el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano establecido por la Carta cuya función es examinar los informes periódicos que deben presentar los Estados para la supervisión de la aplicación del tratado²⁶. La jurisprudencia de este órgano ha interpretado el artículo 16 de la Carta, que regula el derecho de la familia a protección social, jurídica y económica, en sentido amplio, afirmando que este artículo se aplica a todas las formas de violencia doméstica. Así, el Comité, remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones de los Estados de garantizar el respeto efectivo del derecho a la vida privada y familiar, incluso cuando este derecho sea violentado por un particular a través de un acto de

España, pero aún no ratificada). La Carta Social Europea Revisada reúne en un solo instrumento todos los derechos garantizados por la Carta Social de 1961 y el Protocolo Adicional de 1988, incluye nuevos derechos y mejora los existentes.

²⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El sistema europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social (II)” en *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp.129-159; pp. 161-189, *Vid.* pp.164-169.

²⁵ Los Estados se comprometen a garantizar a las mujeres, antes y después del parto, un descanso de una duración total de doce semanas mínimo; a considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante esa ausencia; a garantizar a las madres el tiempo libre suficiente para criar a sus hijos; a regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales, y a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y en cualquier otro trabajo que no sea adecuado para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre. *Vid.* European Social Charter, cit. supra., preámbulo y artículos 8 a 17.

La disposición que prohíbe el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre, fue denunciada por España mediante Anuncio de 6 de mayo 1991, (BOE núm. 112, de 10 mayo 1991).

²⁶ *Vid.* European Social Charter, cit. supra, artículos 21 y 22 y 24 y 27. La Carta prevé como mecanismo de supervisión la presentación de informes periódicos por parte de los Estados al Secretario General sobre las disposiciones aceptadas y las disposiciones que no hayan sido aceptadas. Dichos informes son examinados por dos órganos: el Comité de Expertos Independientes -denominado en la actualidad Comité Europeo de Derechos Sociales- formado por 9 miembros independientes y expertos en la materia, y el Subcomité Social Gubernamental -denominado en la actualidad Comité Gubernamental- del que forman parte los Estados firmantes de la Carta.

violencia contra la mujer, y a la luz de los principios establecidos en la Recomendación REC (2002) 5 del Comité de Ministros sobre la protección de la mujer contra la violencia y la Recomendación 1681 de la Asamblea parlamentaria (2004) sobre una campaña para combatir la violencia doméstica contra las mujeres en Europa, afirma que, en virtud del artículo 16 de la Carta, los Estados deben garantizar una adecuada protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia doméstica, tanto en la ley como en la práctica²⁷.

Esta interpretación resulta aún más relevante si tenemos en cuenta que el artículo 16 forma parte de los nueve artículos que se consideran el núcleo duro de derechos reconocidos por la Carta con respecto a los cuales los Estados están obligados a vincularse²⁸. De esta manera la protección de la integridad de la mujer por violencia doméstica en la CSE queda, en cierto modo, salvaguardada. Decimos “en cierto modo” porque lo cierto es que cualquier Estado puede optar por otro artículo de los nueve esenciales y no considerarse obligado por el artículo 16, tomándolo únicamente como una declaración de objetivos a alcanzar, tal y como le permite el singular sistema de compromiso de los Estados -la técnica de la opción y cláusulas generales de aplicación- que establece la Carta. Por tanto, en este tema en particular -la protección de la integridad de las mujeres al amparo de la CSE- nos podemos encontrar con regímenes jurídicos dispares en el seno del Consejo de Europa, como ha señalado la doctrina cuando ha analizado de manera general el singular sistema de compromiso diseñado por la Carta²⁹.

Por otro lado, la Carta no prevé, a diferencia del CEDH, un sistema de reclamaciones individuales ni un mecanismo judicial que se encargue de la aplicación e interpretación de sus disposiciones, lo que debilita considerablemente el nivel de

²⁷ Conclusions 2006, Statement of Interpretation on Article 16, p. 14. Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int> (última consulta 17/04/2019).

²⁸ El artículo A.1b) de la Parte III de la CSE dispone: “Con sujeción a las disposiciones del siguiente artículo B, cada una de las Partes se compromete a considerarse obligada por al menos seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20”. El núcleo duro de los derechos reconocidos está formado por: el derecho al trabajo, derecho sindical, derecho a la negociación colectiva, derecho a la seguridad social, derecho a asistencia social y médica, derecho de la familia a protección jurídica, social y económica, y derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia.

²⁹ El singular sistema de compromiso de los Estados genera, a juicio de los autores, una pluralidad de regímenes jurídicos en el mismo seno del Consejo de Europa. BONET PÉREZ, J. Y BONDÍA GARCÍA D.: “La Carta Social Europea”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 441-480. *Vid.* p. 480. Según el autor, el instrumento jurídico que regula los derechos sociales en el ámbito regional europeo se caracteriza por: a) su constante evolución normativa; b) su dinamismo intrínseco; y, c) por la posibilidad que otorga a los Estados de elegir “a la carta” las disposiciones por las que se quieren sentir vinculados, generándose una pluralidad de regímenes jurídicos en su mismo seno.

protección de los derechos sociales y económicos que reconoce frente a los derechos establecidos por el CEDH.

Tampoco el Comisionado de Derechos Humanos, mecanismo de naturaleza no jurisdiccional, configurado como una institución independiente e imparcial dentro del Consejo de Europa que tiene por misión principal la promoción y respeto de los derechos humanos, puede aceptar denuncias individuales por violaciones de estos derechos³⁰. El Comisionado, no obstante, ha abordado las violaciones generalizadas y graves de los derechos de las mujeres en toda Europa, y ha señalado que la violencia contra las mujeres constituye un problema importante que se legitima en los estereotipos patriarcales, cuya dimensión aún no se ha reconocido lo suficiente. En particular, el Comisionado se ha pronunciado sobre las violaciones de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y sobre la explotación sexual y la prostitución forzada que -afirma- existe en toda Europa, recomendando a los Estados, entre otras cosas, la ratificación de los instrumentos internacionales claves que proporcionan protección de los derechos de la mujer³¹.

1.4.- El Convenio de Estambul.

Los grandes textos de derechos humanos sobre los que se asienta el sistema de protección del Consejo de Europa, como hemos podido comprobar, carecen de un enfoque de género y no contemplan de forma específica la protección de la integridad física y moral de las mujeres frente a los actos de violencia basados en su género. Esta situación, sin embargo, cambiará a partir de 2011, fecha en la que el Consejo de Europa

³⁰ Vid. Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights (Committee of Ministers on 7 may 1999 at its 104th session). Artículos 1, 7 y 8. De acuerdo con su mandato, al Comisionado le corresponde identificar posibles carencias en la legislación y las prácticas de los Estados respecto al cumplimiento de los derechos humanos. En el ejercicio de sus funciones puede efectuar visitas a países y elaborar informes sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa, así como emitir opiniones y recomendaciones.

³¹ Vid. CommDH/PositionPaper(2011)1, “Commissioner for Human Rights Positions on Women's Rights”, 8 marzo 2011, p. 5. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806daa47> (última consulta 18/04/2019). Sobre la violencia contra las mujeres en Europa, véase artículo de opinión del anterior Comisario Europeo de Derechos Humanos, NILS MUIŽNIEKS, titulado “Fighting violence against women must become Europe's priority”, 2016, http://www.coe.int/en/web/commissioner/opinion-articles/-/asset_publisher/qk0cwIowET3l/content/fighting-violence-against-women-must-become-europe-s-priority (última consulta 18/04/2019).

adopta el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, denominado Convenio de Estambul³²,

Antes de entrar en el estudio de este Convenio emblemático, es preciso hacer mención de los antecedentes más importantes del texto que explican que no es por casualidad que cuajara finalmente la iniciativa de aprobación de un convenio específico sobre violencia contra la mujer en este sistema regional. Entre la extensa labor desarrollada en el seno del Consejo de Europa encaminada a la protección de las mujeres contra las diferentes formas de violencia basadas en su género, destacan varias Recomendaciones del Comité de Ministros. Así, la Recomendación (2002)5, de 30 de abril, sobre protección de las mujeres contra la violencia, establece medidas específicas relacionadas con algunas formas de violencia, entre ellas, la violencia sexual, la violencia dentro de la familia, el acoso sexual, etc.³³. A juicio de Alija Fernández, esta Recomendación tiene una especial relevancia por el amplio conjunto de medidas propuestas a los Estados que la convierten en el primer instrumento jurídico internacional que formula un marco integral de actuación contra la violencia de género³⁴. La Recomendación (2007)17 sobre los estándares y los mecanismos de igualdad entre hombres y mujeres, aboga por la aplicación de normas y procedimientos judiciales eficaces para la prevención de la violencia, la protección de las víctimas y el castigo a los culpables³⁵. En la misma línea de ampliación de la protección de los derechos de las mujeres, la Recomendación (2010)10 sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y resolución de conflictos y en los procesos de construcción de la paz, incorpora la perspectiva de género en estas actividades³⁶.

³² Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11/05/2011, cit. supra. A fecha 18/04/2019 ha sido ratificado por 34 Estados. La UE firmó el Convenio el 13/06/2017, aunque aún no lo ha ratificado.

³³ Recommendation Rec (2002)5 of the Committee of Ministers to member states, de 30 abril de 2002 sobre protección de las mujeres contra la violencia. Párrafos I a IX y párrafos 2 a 85 del Apéndice. El Comité reconoce el carácter estructural y discriminatorio de la violencia de género y pide a los Estados, entre otras cosas, que reconozcan su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia, y que reconozcan que la violencia masculina contra la mujer es un grave problema estructural y social, basado en el desequilibrio de poder de las relaciones entre hombres y mujeres. *Vid.* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612 (última consulta 18/04/2019).

³⁴ *Vid.* ALIJA FERNÁNDEZ, op. cit. p. 29.

³⁵ *Vid.* Recommendation CM/Rec (2007)17 of the Committee of Ministers to member states on gender equality standards and mechanisms. (Adopted by the Committee of Ministers on 21 November 2007 at the 1011th meeting of the Ministers' Deputies), artículo 52.

³⁶ *Vid.* Recommendation CM/Rec (2010)10 of the Committee of Ministers to member states on the role of women and men in conflict prevention and resolution and in peace building (Adopted by the Committee of Ministers on 30 June 2010 at the 1089th meeting of the Ministers' Deputies), párrafos 51 a 57 del

La Asamblea Parlamentaria, por su parte, también llevó a cabo una fecunda labor en esta materia³⁷. Así, la Recomendación 1450(2000) sobre violencia contra la mujer en Europa marca un punto de inflexión en la materia porque es la primera vez que un órgano estatutario del Consejo de Europa condena la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos, poniendo de relieve la necesidad de un tratamiento integral para enfrentarse a dicha violencia³⁸. La Recomendación 1585(2002), primer acto normativo específicamente dedicado a la violencia doméstica contra las mujeres, y la Resolución 1635 (2008) titulada “Combatir la violencia contra las mujeres: hacia una Convención del Consejo de Europa”, son otros hitos importantes que merecen ser destacados³⁹. Finalmente, la constitución del Comité *ad hoc* CAHVIO con el mandato de preparar un texto sobre la materia, marcan la fase final del proceso preparatorio del Convenio de Estambul⁴⁰.

No sólo normas de carácter recomendatorio han influido en la elaboración del Convenio de Estambul, sino también tratados específicos de derechos humanos

Apéndice. El texto recoge medidas destinadas a poner fin a la violencia contra las mujeres en los procesos de reconstrucción de la paz.

³⁷A título ilustrativo, *Vid.*: Resolución 1852 (2011) sobre la violencia psicológica; Resolución 1853 (2011) sobre las órdenes de protección para víctimas de la violencia doméstica; Resolución 280 (2011) sobre el proyecto de Convención para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; Resolución 1765 y Recomendación 1940 (2010) sobre solicitudes de asilo basadas en el género; Resolución 1714 y Recomendación 1905 (2010) sobre menores que presencian violencia doméstica; Resolución 1697 y Recomendación 1891 (2009) sobre mujeres migrantes: en riesgo específico de violencia doméstica; Resolución 1691 y Recomendación 1887 (2009) sobre la violación de mujeres, incluida la violación marital; Resolución 1681 y Recomendación 1881 (2009) sobre la necesidad urgente de combatir los llamados “delitos de honor”; Resolución 1670 y Recomendación 1873 (2009) sobre la violencia sexual contra mujeres en conflictos armados; Resolución 1662 y Recomendación 1868 (2009) sobre la acción para combatir violaciones a los derechos humanos con base en el género, incluido el secuestro de mujeres y niñas; Resolución 1654 y Recomendación 1861 (2009) sobre feminicidios; Resolución 1582 y Recomendación 1817 (2007) sobre los Parlamentos unidos en el combate contra la violencia doméstica contra la mujer: evaluación intermedia de la campaña; Recomendación 1777 (2007) sobre las agresiones sexuales vinculadas a “drogas de la violación”; Resolución 1512 y Recomendación 1759 (2006) sobre los Parlamentos unidos en el combate contra la violencia doméstica contra las mujeres; Recomendación 1723 (2005) sobre matrimonios forzados y matrimonios de menores; Recomendación 1681 (2004) sobre la campaña para combatir la violencia contra las mujeres en Europa; Resolución 1327 (2003) sobre los llamados “delitos de honor”; Resolución 1247 (2001) sobre la mutilación genital femenina. Documentos disponibles en: http://website-pace.net/en_GB/web/apce/documents (última consulta 18/04/2019).

³⁸ *Vid.* ALIJA FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 24-25.

³⁹ La Resolución 1635 (2008) vino precedida de la Campaña para combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica que dio lugar a la Red Parlamentaria “Mujeres Libres de Violencia”, “Campaign to combat violence against women, including domestic violence (2006-2008)”.

⁴⁰ En diciembre de 2008 el Comité de Ministros estableció el Comité *ad hoc* sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Ad Hoc Comité on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, CAHVIO) con el mandato de preparar un texto sobre la materia. El texto fue aprobado como proyecto de Convención y remitido al Comité de Ministros para su envío a la Asamblea Parlamentaria. *Vid.* Doc. CAHVIO (2009) 1, *Terms of reference*, 23 de febrero de 2009; y CAHVIO, Doc. CAHVIO (2011) 5, *Draft Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 13 de enero de 2011. Disponibles en la web oficial Consejo de Europa.

aprobados por el Consejo de Europa, en particular, el Convenio sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y abusos sexuales -Convenio de Lanzarote- y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos -Convenio de Varsovia-. El Convenio de Lanzarote⁴¹ refuerza la protección de los niños y de las niñas contra la explotación y abusos sexuales que ofrece en el ámbito universal el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía. El texto tipifica como delitos: el abuso sexual, la prostitución infantil, la pornografía infantil, la participación de niños en espectáculos pornográficos, la corrupción de niños, y las proposiciones a niños con fines sexuales. Por otro lado, el Convenio de Varsovia⁴² sobre la trata fue uno de los fundamentos jurídicos del Convenio de Estambul. El tratado europeo sobre la trata es la norma internacional que se aproxima de manera más clara a este problema desde la perspectiva de los derechos humanos⁴³. Nos interesa subrayar los siguientes aspectos de este texto. En primer lugar, su enfoque de derechos humanos y su enfoque de género. Mientras que el eje central del Protocolo de Palermo gira en torno a la persecución de las redes de trata e indirectamente a la protección de las víctimas, el Convenio de Varsovia pone el acento en la tutela de los derechos de las víctimas. Por otro lado, la perspectiva de género obliga a los Estados a garantizar la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo en la protección y promoción de los

⁴¹ Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote, 25/10/2007, CETS No.201. Ratificado por España el 22 de julio de 2010 (BOE núm. 274 de 12 de noviembre de 2010). A fecha 18/04/2019 ha sido ratificado por 43 Estados miembros del Consejo de Europa. El Convenio tiene como objetivos la prevención y eliminación de la explotación y el abuso sexual de los niños; la protección de las víctimas de estas conductas y la cooperación nacional e internacional en esta materia. Como mecanismo de seguimiento del Convenio se constituye el Comité de las Partes, integrado por representantes de los Estados, cuya función básica es la supervisión de la aplicación del texto.

⁴² Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, CETS No.197. Ratificado por España el 2 de abril de 2009 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009). A fecha 18/04/2019 ha sido ratificado por 47 Estados. En el ámbito de la Unión Europea la efectiva aplicación del Convenio de Varsovia depende, a tenor de lo establecido en su artículo 40.3 del Convenio, de la política que se adopte por parte de las Instituciones Comunitarias, ya que, dicho artículo establece lo que la doctrina denomina “cláusula de desconexión” que consiste en la posibilidad de que los países que forman parte de la UE apliquen un estándar normativo inferior al contemplado en el Convenio en relación con la protección de los derechos de las víctimas, al establecer la aplicación preferente de la normativa de la Unión. *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Trata* ..., op.cit., p. 182.

⁴³ Council of Europe Convention on Action against Trafficking..., cit. supra, artículo 1. Conforme a esta disposición, las actividades de prevención, protección, cooperación y persecución de la trata deben realizarse garantizando la igualdad entre las mujeres y hombres. *Vid.* Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16.V.2005, párrafo 54 y ss. *Vid.* CAICEDO CAMACHO, N. Y DÍAZ MORGADO, C.: “Género y fenómeno migratorio” en *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, SÁNCHEZ URRUTIA, A., PUMAR BELTRÁN, N. (coords.), Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013, pp. 95 y ss., p.117.

derechos de las víctimas⁴⁴. En segundo lugar, la extensión del ámbito de aplicación del Convenio. El tratado se aplica a todos los supuestos de trata, nacional y transnacional, vinculada o no con la delincuencia organizada⁴⁵. En tercer lugar, su sistema de control. El texto prevé un sistema de seguimiento para asegurar que los Estados cumplan sus compromisos, que se canaliza a través de dos órganos, el GRETA de carácter técnico, y el Comité de las Partes de carácter fundamentalmente político⁴⁶. En cuarto lugar, el ejercicio de la acción de oficio. El tratado permite que en ausencia de denuncia de parte para la persecución de la trata pueda ejercerse la acción de oficio, lo que permite que los mecanismos de protección de las víctimas se pongan en marcha sin necesidad de que exista denuncia previa de la víctima⁴⁷. En quinto y último lugar, la definición de víctima y la amplitud de las medidas de protección. A diferencia del Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia contempla una definición de víctima, lo que facilita su identificación, e incluye medidas de protección no previstas en el Protocolo como, por ejemplo, el período de recuperación o reflexión de la víctima⁴⁸. Sobre la implementación del Convenio de Varsovia en España, el primer informe del GRETA señala la necesidad de mejorar el aspecto de la identificación de las víctimas de trata y para ello requiere al gobierno español que haga hincapié en la capacitación de los agentes y otros funcionarios, así como en la cooperación con las ONGs, a fin de evitar fallos en este proceso⁴⁹.

Con estos antecedentes se aprobó el Convenio de Estambul que representa, a juicio de algunos autores, el compromiso de mayor alcance establecido hasta el momento en materia de violencia contra la mujer, y que ha sido calificado como un instrumento de vanguardia, un "estándar de oro", un texto *primus inter pares*, del que se

⁴⁴ El Convenio reconoce que la trata de personas constituye una vulneración de los derechos humanos, de la dignidad y de la integridad de la persona que exige una mayor protección de la que hasta el momento habían proporcionado otros instrumentos internacionales. *Vid.* Council of Europe Convention on Action against Trafficking..., cit. supra, párrafos 3, 4, 5 y 6 del Preámbulo, y artículos 3 y 17.

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 2.

⁴⁶ *Ibidem*, Preámbulo, párrafo 14 y Capítulo VII, artículos 36 y 37.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 28.

⁴⁸ *Ibidem*, artículo 4 e) y Capítulo III, artículos 10 a 17, y artículo 28 y ss. en relación con la protección de las víctimas, testigos y personas que colaboren con las autoridades judiciales. Todas las medidas deben aplicarse respetando el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Entre ellas, podemos enumerar las siguientes: la identificación de las víctimas; la protección de la vida privada; la asistencia; el periodo de recuperación y reflexión; el permiso de residencia; la indemnización; y la repatriación y retorno de las víctimas.

⁴⁹ GRETA (2013) 16 "Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain", Estrasburgo, 2013, párrafo 164. El informe confirma los fallos en los procesos de identificación de las víctimas de trata.

ha subrayado su carácter pragmático, avanzado y sofisticado⁵⁰. El Convenio pretende resolver el problema de millones de mujeres en todo el mundo que sufren violencia física y psicológica, incluidas las mujeres que en Europa han sido, o podrían ser, víctimas de esa violencia -una de cada cinco-. El informe sobre violencia de género, publicado en 2014 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), indica que 13 millones de mujeres experimentaron violencia física, y 3,7 millones fueron víctimas de violencia sexual⁵¹. Frente a las numerosas opiniones positivas que ha generado el texto, el Convenio de Estambul también ha sido objeto de críticas desde algunos sectores sociales. Así, de forma general, se le ha achacado la inclusión de conceptos marxistas y la fundamentación en una ideología feminista que conduce al texto a privilegiar a las mujeres y discriminar a los hombres⁵².

El Convenio reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, tiene una naturaleza estructural y representa una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres⁵³. El vínculo entre la consecución de la igualdad y la erradicación de la violencia se convierte en el armazón sobre el que construye todo el edificio regulatorio. Como indican los redactores del Convenio, la erradicación de la violencia contra la

⁵⁰ USHAKOVA, T.: “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, núm. 4, octubre-diciembre de 2013, @ 2013 ADAPT University Press - ISSN 2282-2313, pp. 1-18. *Vid.* Remarks by Lakshmi Puri at CSW57 side event: “Violence against Women – Our Concern, Our Response”, 4 march 2013. Disponible en: <http://www.unwomen.org/en/news/stories/2013/3/remarks-by-lakshmi-puri-at-csw57-side-event> (última consulta 18/04/2019).

⁵¹ *Vid.* FRA, European Union Agency for Fundamental Rights: “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE”, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014, puntos 1.7 y 2.1. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf (última consulta el 18/04/2019). Para el Relator General de la Asamblea Parlamentaria sobre la violencia contra las mujeres, este tipo de violencia, incluida la violencia doméstica, es una de las formas más graves de violación de los derechos humanos en Europa y uno de los crímenes más generalizados. *Vid.* “Manual para Parlamentarios del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, febrero 2013, Prefacio del Presidente de la Asamblea Parlamentaria, JEAN-CLAUDE MIGNON, p. 9 y llamamiento del Relator General sobre la violencia contra las mujeres, MENDES BOTA, pp. 11 y 12.

⁵² VALSAN, L.: “The great danger of the Istanbul Convention” en *A voice for Men, Changing the culture narrative*, Enero 2013, <https://www.avoiceformen.com> (última consulta 19/04/2019).

⁵³ Council of Europe Convention on preventing, cit. supra, Preámbulo. El texto reconoce ya en su Preámbulo, los elementos claves, a nuestro juicio, que hasta la fecha no habían sido reconocidos de forma explícita en ningún otro instrumento internacional de carácter vinculante: la importancia fundamental de la realización de la igualdad de hecho y de derecho para luchar contra la violencia; el mayor riesgo que corren las mujeres de sufrir violencia por el hecho de ser mujeres; el carácter estructural de la violencia contra la mujer - manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y discriminación de la mujer por el hombre -; y el factor género como uno de los mecanismos sociales fundamentales, que sitúa a las mujeres en una posición de inferioridad con respecto al hombre, lo que propicia que sufran este tipo de violencia.

mujer se enmarca en un contexto más amplio de la lucha contra la discriminación y el logro de la igualdad de género formal y material⁵⁴. En una reflexión crítica sobre los usos políticos de la violencia masculina sobre las mujeres, Pitch se aleja en este punto del Convenio cuando afirma que la violencia en nuestra sociedad, no es solo un instrumento para mantener a las mujeres subordinadas, sino que es también una reacción de los hombres ante la insubordinación de las mujeres, esto es, más que el patriarcado, es su crisis lo que amenaza a las mujeres⁵⁵

El Convenio de Estambul introduce, además, otras cuestiones novedosas en relación con la caracterización de este tipo de violencia. Así, por ejemplo, afirma que la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, es un fenómeno basado en el género y no en el sexo - apartándose en este punto de la definición recogida en la DEVAW que considera la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino-, e introduce en su artículo 3c) una definición de género. El concepto de género no se identifica con “mujer” ni tampoco con “sexo”, sino que se refiere a una construcción social, esto es, “a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”⁵⁶. Para los redactores del Convenio, la comprensión de la violencia desde el género implica que las diferentes formas de violencia contra la mujer deben abordarse en el contexto de la desigualdad entre hombres y mujeres, los estereotipos existentes, los roles de género y la discriminación contra las mujeres⁵⁷. En este punto encontramos una coincidencia importante entre el tratado y la doctrina científica con respecto a los elementos básicos que caracterizan la violencia de género. Sin embargo, el Convenio de Estambul introduce otros elementos que, a juicio de algunos autores, pueden dar lugar a confusión, plantear problemas de interpretación y aplicación del texto, e incluso dificultar la erradicación de la violencia de género. Así, el Convenio incluye una definición propia de la violencia doméstica, diferente y desvinculada de la violencia contra la mujer y la violencia de género, incluyendo entre sus víctimas tanto a las mujeres como a los hombres. El hecho de que se incluya la violencia doméstica como una categoría separada de la violencia contra la mujer puede

⁵⁴ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, párrafos 25 y 48 a 55. Disponible en: <http://www.coe.int/> (última consulta 18/04/2019).

⁵⁵ PITCH, T.: “La violencia contra las mujeres y sus usos políticos” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 19-29, p. 28.

⁵⁶ Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 3 c).

⁵⁷ Explanatory Report..., cit. supra, párrafo 43.

dar lugar a interpretaciones erróneas en cuanto a los sujetos activos y pasivos -agresor y víctima- de dicha violencia doméstica, ya que la violencia contra la mujer o violencia de género, conforme al concepto consensuado por la doctrina y establecido por las normas internacionales, únicamente puede ser infligida por los hombres contra las mujeres, al ser ellos “los que forman parte del grupo dominante y no las mujeres”⁵⁸. De esta manera, el Convenio de Estambul, al categorizar jurídicamente la violencia doméstica de manera distinta a la violencia contra la mujer y la violencia de género, se aparta de la DEVAW y de otros tratados regionales que contemplan la violencia doméstica como una manifestación de la violencia contra la mujer en el ámbito de la familia, que participa de su mismo origen y definición, en la que el hombre es el sujeto que la ejerce y la mujer quien la sufre. La diferente categorización de la violencia doméstica es una de las razones en la que se basa Ventura Franch para afirmar que el Convenio de Estambul representa un retroceso en este aspecto⁵⁹. También la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, considera preocupante que el Convenio de Estambul establezca una clara diferenciación entre la violencia doméstica y la violencia contra la mujer, ya que contradice las ideas internacionalmente aceptadas sobre la violencia de género⁶⁰.

En relación con la protección ofrecida, el Convenio, en correspondencia con lo anunciado en su título, se aplica a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica. Así, conforme al artículo 3a), a los efectos del Convenio se entiende por violencia contra la mujer:

“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, que incluyen todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.”

El vínculo entre la discriminación y la violencia - uno de los ejes del Convenio- aparece en esta disposición formando parte de la propia definición de violencia contra la mujer. La inclusión del daño económico de la violencia amplía el alcance de la definición con respecto a la DEVAW y a su tratado homólogo, la Convención americana de Belém do Pará, que no contempla el aspecto económico⁶¹. El Convenio de Estambul, por otro

⁵⁸ Vid. VENTURA FRANCH, op. cit., p. 203.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 206.

⁶⁰ Vid. A/70/209, informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, cit. supra, párrafo 38.

⁶¹ Un estudio comparativo del contenido de ambos tratados en MERCADO CARMONA, C.: “La erradicación de la violencia contra la mujer por tratado: un análisis comparado del Convenio de Estambul

lado, incluye en el término “mujer” a las niñas menores de 18 años, lo que lo distancia también de la Convención americana, que protege exclusivamente a las mujeres adultas⁶². De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el Consejo de Europa elabora con este Convenio la definición más completa y avanzada de la violencia contra las mujeres en el panorama jurídico internacional. Otros autores lo que destacan de la definición es la conexión explícita entre la protección de los derechos humanos y la tutela antidiscriminación sexista⁶³.

La violencia doméstica, por su parte, es definida en el artículo 3b) como:

“los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima.”

Se trata de una definición neutra en cuanto al género, que permite considerar como víctimas de este tipo de violencia a las mujeres, a las niñas, a los hombres y a los niños⁶⁴, a pesar de que -como apuntan los redactores del Convenio- hay escasos datos fiables de este tipo de violencia contra los hombres⁶⁵. Teniendo en cuenta la posibilidad de que el hombre pueda ser víctima de violencia doméstica, el artículo 2.2 del texto invita a los Estados Partes a que extiendan su aplicación a la violencia doméstica contra hombres y niños, pero la decisión de la ampliación a esas víctimas corresponde a los propios Estados que pueden decidir la manera de hacerlo teniendo en cuenta la situación nacional y la evolución de su sociedad. La aplicación del Convenio a las mujeres víctimas de violencia doméstica, sin embargo, no es una opción para los Estados Partes, sino una exigencia, dado que este tipo de violencia les afecta de manera desproporcionada⁶⁶. La violencia doméstica contra las mujeres debe estar en el centro

y de la Convención de Belém do Pará” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017:30, pp. 213-239.

⁶² Council of Europe Convention on preventing and combating..., cit. supra, artículo 3 f).

⁶³ Vid. USHAKOVA, op. cit. p. 9; LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género” en *Aequalitas*, núm. 35, 2014, pp. 6-15, p. 9.

⁶⁴ El Convenio contempla como víctima a toda persona física -mujer, niña, hombre o niño- que se encuentre sometida a los comportamientos violentos que se describen en el texto. Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 3e).

⁶⁵ Vid. Explanatory Report ... cit. supra, párrafo 4. Algunos estudios afirman que las mujeres perpetran abusos y participan en comportamientos de control a tasas comparables a las de los hombres. Vid. DARA, S.: “Unprecedented Domestic Violence Study Affirms Need to Recognize Male Victims”, en *NY (PRWEB)*, May 21, 2013; BATES, E.A., GRAHAM-KEVAN, N. ARCHER, J.: “Testing predictions from the male control theory of men’s partner violence” en *Aggressive Behavior*, Vol. 40, Issue 1, enero 2014, pp. 42-55.

⁶⁶ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, art. 2.1.

de todas las medidas que adopten los Estados en aplicación del texto⁶⁷. Esta afectación desproporcionada de la violencia doméstica a las mujeres, entre otras razones, le hace afirmar a Lousada Arochena que, a pesar de la ausencia en la definición del sexo mujer y de la referencia al género, la violencia doméstica que contempla el Convenio es de género⁶⁸. Ushakova, por su parte, sostiene que el énfasis del Convenio en la violencia doméstica contra las mujeres se debe a las muchas recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre esta forma de violencia, y al incremento de los casos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre violencia doméstica.⁶⁹ Por otro lado, los redactores del Convenio incluyeron dentro del concepto de violencia doméstica dos tipos de violencia: la violencia entre compañeros íntimos (esposos o parejas actuales o anteriores) y la violencia inter-generacional entre padres e hijos o entre dos o más miembros de la familia de diferentes generaciones (incluyendo el abuso a ancianos)⁷⁰.

El Convenio de Estambul incorpora también otro concepto, el de la violencia contra las mujeres por razones de género, que el artículo 3d) define como:

“toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

Dentro de este concepto se entienden incluidas todas las formas de violencia que se dirigen contra la mujer por su condición de mujer -casos de aborto forzoso o mutilación genital femenina-, y otras que las mujeres sufren de manera desproporcionada con respecto a los hombres -violencia sexual, violación, acoso, abuso sexual, violencia doméstica, matrimonio forzoso, esterilización forzosa-. La diferencia entre este tipo de violencia y las que hemos visto hasta ahora, se encuentra -según los redactores del Convenio- en el hecho de que el género de la víctima es el principal motivo de los actos violentos, constituyendo una violencia profundamente arraigada en las estructuras, normas y valores sociales y culturales⁷¹. Para algunos autores existe un solapamiento de las definiciones de “violencia contra las mujeres por razones de género” y “violencia contra las mujeres” que ofrece el Convenio, aunque la primera se construye sobre la causa de la violencia o sus efectos desproporcionados sobre las mujeres y la segunda es

⁶⁷ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículos 2.1 y 2.2; Explanatory Report... cit. supra, párrafos 37, 41 y 42.

⁶⁸ Vid. LOUSADA AROCHENA, op. cit., p. 9.

⁶⁹ Vid. USHAKOVA, op. cit., p. 9 y ss.

⁷⁰ Vid. Explanatory Report ..., cit. supra, párrafo 41.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 44.

más descriptiva de los comportamientos violentos⁷². Al hilo de las diferentes definiciones de violencia que incluye el texto, Ushakova opina que el Convenio de Estambul oscila “entre la inclinación feminista y la igualitarista”⁷³ y, Ventura Franch, por su parte, piensa que el Convenio, en un intento de acotar conceptos básicos acerca de la violencia contra las mujeres, elaborados fundamentalmente por la teoría feminista, los asume sólo parcialmente, y al no hacerlo con todas las consecuencias introduce algunos elementos de confusión⁷⁴. En nuestra opinión, la aspiración a cierta neutralidad que dimana del texto no debe desvirtuar el compromiso de los Estados de prestar atención preferente a las mujeres víctimas de violencia doméstica, ni tampoco debe hacer olvidar que ciertos roles y estereotipos de género contribuyen a la aceptación de ese tipo de violencia contra las mujeres.

La amplitud de los ámbitos de aplicación del Convenio de Estambul se refleja en su extensión a las situaciones de conflicto armado⁷⁵. Esta particularidad, que no se encuentra en otros tratados similares -la Convención de Belém do Pará se aplica únicamente en situaciones de paz- es importante, porque significa que el texto puede utilizarse como complemento de los instrumentos y principios del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Penal. Otra novedad importante que incorpora el Convenio de Estambul en relación con la protección ofrecida, y que tampoco se encuentra en su texto hermano -la Convención americana de Belém do Pará- es su enfoque transfronterizo, que resulta primordial dada la naturaleza transnacional de algunas formas de violencia como, por ejemplo, los matrimonios forzados. De esta manera, es un valor añadido del Convenio la eliminación de la regla habitual de la doble incriminación como condición de la persecución de las formas de violencia consideradas más graves, esto es, la violencia sexual, los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, el aborto y la esterilización forzosa. La perspectiva transnacional obliga a los Estados Partes a ampliar la competencia de sus tribunales respecto a los delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales y hace posible que se persiga a sus residentes⁷⁶.

⁷² Vid. LOUSADA AROCHENA, op. cit., p. 10.

⁷³ La autora opina que, por un lado, la violencia contra las mujeres por razón de género se vincula a la condición de mujer y su repercusión desproporcionada de la violencia y, por otro lado, el término género aspira a cierta neutralidad, al referirse a la atribución de los roles sociales al hombre y a la mujer. Vid. USHAKOVA, op. cit. p. 16.

⁷⁴ Vid. VENTURA FRANCH, op. cit., p. 192.

⁷⁵ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 2.3.

⁷⁶ *Ibidem*, artículo 44; Explanatory Report ... cit. supra, párrafos 227 y ss. El artículo 78.2 del Convenio de Estambul permite formular reservas al apartado 3 del artículo 44 relativo a la innecesariedad de la

Siguiendo con los elementos innovadores, el Convenio de Estambul incluye la regulación de cuestiones importantes para la situación de las mujeres extranjeras en un capítulo específico dedicado a la migración y asilo⁷⁷. La Convención de Belém do Pará únicamente contempla estas situaciones como factor de especial vulnerabilidad para las mujeres, pero sin llegar a otorgarles una protección específica. El texto europeo, en cambio, aunque también considera a las mujeres migrantes -incluidas las indocumentadas- y solicitantes de asilo como mujeres especialmente vulnerables a la violencia de género, incorpora diferentes medidas protectoras. Entre ellas podemos citar las siguientes: la posibilidad de otorgar a las mujeres migrantes víctimas de violencia de género un estatuto de residencia autónomo; la obligación de reconocer la violencia de género contra la mujer como forma de persecución en el sentido del artículo 1, A (2) del Convenio de Ginebra relativo al Estatuto de los Refugiados, y de garantizar una interpretación sensible al género cuando se establece la condición de refugiada; la obligación de introducir procedimientos, directrices y servicios de apoyo que tengan en cuenta las cuestiones de género en los procedimientos de asilo; y el respeto al principio de no devolución en relación con las víctimas de violencia contra la mujer. El informe explicativo del Convenio aclara que estas disposiciones no van más allá del ámbito de aplicación de Estatuto de los Refugiados y del CEDH, sino que conceden a estos una dimensión práctica⁷⁸.

Por lo que respecta a las obligaciones que asumen los Estados, el Convenio de Estambul representa un modelo global para los Estados y exige de éstos una respuesta integrada a un problema tan complejo como es la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Conforme a este enfoque integral, los Estados están obligados a adoptar no sólo medidas de prevención, persecución y protección, sino también, medidas de coordinación de los diferentes actores y organismos intervinientes⁷⁹. Esta perspectiva integral -que responde a las denominadas cuatro “P”: prevención, protección, persecución y políticas integradas-, se considera imprescindible para cumplir los objetivos que se marca el Convenio en su artículo 1, necesarios para alcanzar la meta que persigue el texto: crear una Europa libre de violencia contra la

doble incriminación como requisito para que los hechos sean perseguidos. Dinamarca y Serbia han formulado respectivamente una reserva en relación con este punto.

⁷⁷ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, Capítulo VII, artículos 59 y 61.

⁷⁸ Vid. Explanatory Report... cit. supra, párrafo 300 y ss.

⁷⁹ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, Capítulo II Políticas integradas y recogida de datos, artículos 7 a 11; Explanatory Report..., cit. supra, párrafos 63 y ss.

mujer y de violencia doméstica⁸⁰. El Convenio de Estambul, pues, va más allá de la exigencia de condena de la violencia contra la mujer y de la adopción de políticas para hacerle frente. De forma general, impone a los Estados la obligación de abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer -obligación negativa- y la obligación de tomar medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización a las víctimas por los actos de violencia cometidos por actores no estatales -obligación positiva-. El incumplimiento de tales obligaciones hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional⁸¹. De esta manera se formula en un texto convencional el principio de la diligencia debida elaborado por la jurisprudencia del TEDH y demás tribunales de derechos humanos. La plasmación explícita de este principio acompañado de la obligación de adoptar medidas legislativas -y las que fuesen necesarias- para hacerlo efectivo otorga un valor indudable al Convenio de Estambul en relación con cualquier otro instrumento internacional de naturaleza similar sobre la materia. En opinión de Alija Fernández, a través del principio de igualdad y no discriminación y del principio de la diligencia debida, el Convenio de Estambul refuerza la protección garantizada por otros instrumentos de derechos humanos, en particular por el CEDH, y desarrolla y completa los estándares establecidos en el mismo⁸².

Además de estas obligaciones de carácter general y de forma congruente con el enfoque integral que propugna, el Convenio de Estambul impone a los Estados obligaciones específicas en el campo de la prevención de la violencia, de la protección y apoyo a las víctimas, y en el ámbito de la represión o castigo de las conductas violentas. Así, en el ámbito de la prevención, el Convenio implica a toda la sociedad en la prevención y lucha contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica, y con este fin impone una serie de obligaciones a los Estados dirigidas a adoptar medidas en diferentes sectores como, por ejemplo, la educación⁸³. Los redactores del Convenio resaltaron el importante papel de los hombres como agentes activos en la prevención de todas las formas de violencia contra la mujer⁸⁴. En el ámbito de la protección y apoyo a las víctimas, el Convenio establece obligaciones en relación con la instauración de servicios de apoyo especializados y servicios más generales para satisfacer las

⁸⁰ *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 1 y Preámbulo.

⁸¹ *Ibidem*, artículo 5; Explanatory Report... cit. supra, párrafo 57 y ss.

⁸² *Vid.* ALIJA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 37 y ss.

⁸³ *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, Capítulo III Prevención, artículos 12 a 17.

⁸⁴ *Vid.* Explanatory Report... cit. supra, párrafo 88.

necesidades de las víctimas. Entre las medidas de protección que deben poner en marcha los Estados, el Convenio relaciona las siguientes: la información a las víctimas, el acceso a los mecanismos de denuncia, las casas de acogida, las guardias telefónicas, el apoyo específico a las víctimas de violencia sexual, el apoyo específico a los menores expuestos a la violencia, y diversas medidas en relación con la presentación de denuncias por parte de cualquier persona que presencie actos de violencia y por parte de los profesionales que intervengan en estos casos⁸⁵.

Pero, la gran innovación y el avance en la protección de la integridad de las mujeres que aporta el Convenio de Estambul no la encontramos tanto -que también- en las “P” de la prevención y protección, como en la “P” de la persecución. Así, los Estados están obligados a adoptar medidas concretas que afectan a todos los ámbitos de su Derecho material con el fin de perseguir y castigar los actos violentos que reprueba el texto⁸⁶. La razón de querer incidir sobre el Derecho sustantivo de los Estados se debe a las numerosas lagunas que presentaron las legislaciones nacionales sobre la materia, y que pusieron de manifiesto la necesidad de reforzar la protección legal⁸⁷. De esta manera, en el orden civil, los Estados deben asegurar que las víctimas dispongan de un recurso civil adecuado contra el autor del acto violento. Estos recursos pueden consistir en: órdenes judiciales; recursos judiciales para conseguir una indemnización; y medidas en relación con los derechos de visita y custodia de los hijos y en relación con las consecuencias civiles de los matrimonios forzados⁸⁸. En el orden penal, el Convenio de Estambul es pionero en exigir a los Estados que criminalicen las diversas formas de violencia contra la mujer relacionadas en el texto: la violencia psicológica; el acoso; la violencia física; la violencia sexual, incluida la violación; los matrimonios forzados; las mutilaciones genitales femeninas; el aborto y esterilización forzados; y el acoso sexual⁸⁹. Este mandato explícito de criminalizar estas conductas en las legislaciones

⁸⁵ *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, Capítulo IV Protección y apoyo, artículos 18 a 28.

⁸⁶ *Ibidem*, Capítulo V Derecho material, artículos 29 a 48.

⁸⁷ *Vid.* Explanatory Report... cit. supra, párrafo 149.

⁸⁸ *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículos 29 a 32; Explanatory Report..., cit. supra, párrafos 157 a 178.

⁸⁹ *Vid.* Council of Europe Convention on preventing ..., cit. supra, artículos 33 a 40. El Convenio relaciona en sus artículos 33 a 40 las diferentes formas de violencia que los Estados deben considerar delitos. La violencia psicológica, que supone un atentado grave contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas. El acoso, que supone un comportamiento repetido amenazador contra otra persona que lleva a ésta a temer por su seguridad. La violencia física, que comprende la comisión de actos de violencia física sobre otra persona. La violencia sexual, incluida la violación, que se tipifica como: “a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) los demás actos de carácter sexual no

internas de los Estados distancia al Convenio de Estambul del resto de instrumentos jurídicos que no incorporan de forma específica esta obligación. Si bien, debemos hacer notar que el Convenio no recoge todas las posibles manifestaciones de violencia contra la mujer que pueden producirse y que han sido señaladas por los mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas -principalmente por las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer-, así, por ejemplo, no hace mención explícita en sus disposiciones a la trata de mujeres como una forma de violencia de género.

En relación con las formas de violencia que contempla el Convenio en sus artículos 33 a 40 es preciso hacer varias reflexiones. En primer lugar, a pesar de que el Convenio obliga a los Estados Partes a garantizar que dichas conductas sean criminalizadas, ello no implica que los Estados deban introducir necesariamente disposiciones penales para el castigo de todas ellas. En el caso de la violencia psicológica y del acoso, los Estados pueden imponer otro tipo de sanciones que no sean de naturaleza penal, si bien, para ello deben formular la reserva prevista en el artículo 78.3 del Convenio y garantizar que la sanción que se imponga sea efectiva, proporcional y disuasiva⁹⁰. En el caso del acoso sexual previsto en el artículo 40, es la propia disposición la que dispone que pueda ser castigado con otro tipo de sanciones legales, no necesariamente penales, debido a la naturaleza específica de esta conducta, según indica el informe explicativo del Convenio, que no aclara nada más de la razón de esta excepción, a nuestro juicio pobremente explicada⁹¹.

En segundo lugar, las disposiciones de Derecho Penal que contempla el Convenio se formulan de manera neutra al género, de tal manera que el sexo de la víctima no debe considerarse un elemento constitutivo del delito. Así, salvo la

consentidos sobre otra persona; y c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.” Los matrimonios forzados, que consisten en obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio. Las mutilaciones genitales femeninas que incluyen: “a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; y c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin.” El aborto y esterilización forzados que consisten en la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado, o en la intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento. El acoso sexual calificado como toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona.

⁹⁰ *Ibidem*, artículos. 33, 34 y 45. *Vid.* Explanatory Report... cit. supra, párrafos 181 y 186. Dinamarca ha formulado una reserva al amparo del art. 78.3 del Convenio.

⁹¹ *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 40; Explanatory Report..., cit. supra, párrafos 207 a 209.

mutilación genital femenina, y el aborto y esterilización forzosa, que rompen con el principio de neutralidad de género, el resto de las formas de violencia que tipifica el Convenio se refieren a la persona -sean mujeres, hombres o niños- y no específicamente a las mujeres⁹². La neutralidad del Convenio en cuanto al género confirma la opinión de Ventura Franch de que el texto parece huir de la tríada sobre la que se sustenta la violencia contra las mujeres, esto es, patriarcado, género y violencia⁹³. No obstante, los redactores del Convenio se encargaron de aclarar que, a pesar de la imparcialidad del texto, nada impide a los Estados Partes introducir disposiciones específicas de género en sus legislaciones internas⁹⁴.

En tercer lugar, los delitos que introduce el Convenio de Estambul representan un consenso mínimo que no impide el establecimiento de normas más estrictas en el Derecho interno de los Estados⁹⁵.

En cuarto lugar, en relación con la tipificación de la violencia sexual en el artículo 36 del texto, hay que apuntar dos cosas. La primera, que el consentimiento sigue siendo un elemento constitutivo del delito de violación y violencia sexual. A tenor de este artículo el consentimiento “debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.” Por tanto, las circunstancias de cada caso son determinantes para conocer si se ha prestado o no el consentimiento, lo que significa que la existencia del delito se desplaza a los jueces y a la apreciación de la prueba que éstos hagan en cada caso. La segunda, que, aunque la violación marital está tipificada en el Convenio -conforme al apartado 3 del artículo 36 las Partes deben adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones de este artículo se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales-, la legislación nacional de cada Estado es determinante a la hora de aplicar las disposiciones del tratado a estas violaciones pues el tratado se remite a lo que disponga el Derecho interno de cada país.

Y, en quinto lugar, en relación con las únicas infracciones cuyas víctimas son necesariamente mujeres y niñas -la mutilación genital femenina y el aborto y esterilización forzosos- es preciso anotar algunos avances interesantes. Por lo que respecta a la mutilación genital femenina, el Convenio la define en el artículo 38 de

⁹² *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículos 35, 36 y 37.

⁹³ *Vid.* VENTURA FRANCH, op. cit., p. 192.

⁹⁴ *Vid.* Explanatory Report ... cit. supra, párrafo 153.

⁹⁵ *Ibídem*, párrafo 155.

forma amplia y reconoce que esta forma de violencia es una realidad en Europa y que, por tanto, es preciso tomar medidas contra ella ya que causa daños irreparables y de por vida y generalmente se realiza sin el consentimiento de la víctima⁹⁶. El principio de extraterritorialidad que incorpora de forma novedosa el texto para la persecución de ciertas formas de violencia contra la mujer que tengan un marcado carácter transnacional, contribuye particularmente y de manera positiva a la erradicación de esta práctica nociva. Algunos autores consideran que el Convenio de Estambul representa una oportunidad única para romper el silencio que rodea la mutilación genital femenina en Europa. En este sentido, Elise Petitpas y Johanna Nelles valoran el Convenio como una herramienta poderosa para garantizar la protección de las solicitantes de asilo en riesgo de sufrir mutilación genital femenina⁹⁷. Por otro lado, con el objetivo de enfatizar la importancia de respetar los derechos reproductivos de las mujeres, permitiendo que éstas decidan el número y espaciamiento de sus hijos y su derecho a estar informadas, el Convenio tipifica como delitos el aborto y esterilización forzosos cuando se realizan de forma intencionada sin el consentimiento previo e informado de la víctima⁹⁸. Esta disposición es muy importante para la protección de la integridad de las mujeres con discapacidad, colectivo especialmente vulnerable a sufrir estas formas de violencia.

También en el ámbito de la investigación y del Derecho Procesal los Estados están obligados a adoptar medidas⁹⁹. Así, el Convenio establece que los Estados deben evitar que los incidentes de violencia reciban poca prioridad en las investigaciones y procedimientos judiciales, y para ello deben garantizar que las investigaciones y procedimientos se lleven a cabo sin demora injustificada y de manera eficaz. En el ámbito estrictamente procesal queremos destacar dos medidas. Una de ellas es la prevista en el artículo 54 del Convenio, en virtud del cual los antecedentes sexuales y el comportamiento sexual de la víctima no pueden ser admitidos como pruebas, salvo -puntualiza el texto- que se declare su necesidad y pertinencia. Esta disposición, que complementa la prevista para el ámbito de las normas penales en el artículo 42 -referido a que la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el honor no pueden ser invocados como justificación de los actos violentos, ni deben admitirse alegaciones de

⁹⁶ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 38; Explanatory Report... cit. supra, párrafo 198.

⁹⁷ PETITPAS, E. NELLES, J.: "El Convenio de Estambul: nuevo tratado, nueva herramienta" en *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 49, mayo 2015, pp. 83-87.

⁹⁸ Vid. Explanatory Report..., cit. supra, párrafo 206.

⁹⁹ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, Capítulo VI Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección; artículos 49 a 53.

trasgresión, por parte de la víctima, de las normas, costumbres o tradiciones relativas a un comportamiento apropiado- supone un avance en la protección de la mujer y una garantía de que su conducta sexual no va a ser utilizada para su condena, aunque se aleje de las prácticas o tradiciones de su grupo social. Sin embargo, esto no es así en todos los casos porque el Convenio no descarta la posibilidad de utilizar la conducta sexual de la víctima como prueba en juicio cuando resulte pertinente o necesario. La obligación de los Estados consiste en asegurar que únicamente se haga uso de la vida sexual cuando sea pertinente, pero el Convenio no especifica cuándo debe entenderse que es pertinente utilizarla, lo que, a nuestro juicio, introduce una importante incertidumbre. El informe explicativo del Convenio no aclara mucho más sobre este punto, únicamente indica que la historia sexual y la conducta sexual de la víctima *it is relevant to a specific issue at trial and if it is of significant probative value*, esto es, será pertinente cuando tenga un valor probatorio significativo¹⁰⁰. En definitiva, la necesidad o pertinencia de acudir a la historia sexual de la víctima queda en una nebulosa, no aparece determinada por la norma, sino que se deja a manos del juez al que corresponda resolver el caso concreto.

La otra medida procesal a la que nos referíamos es la prevista en el artículo 55 que regula los procedimientos *ex parte* y *ex officio*, y dispone que los Estados velarán para que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos de violencia física, violencia sexual, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzados, no dependan totalmente de una denuncia de la víctima, de tal manera que sea posible continuar el procedimiento incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia. En opinión de los redactores del Convenio, el objetivo de la disposición es permitir que las investigaciones y procedimientos penales de los delitos de naturaleza particularmente traumática se lleven a cabo sin que incumba a la víctima la responsabilidad de su inicio o continuación. Este punto supone, a nuestro juicio, otro avance importante para acabar con la impunidad de ciertos delitos, pero al restringirse a ciertas formas de violencia limita en cierto sentido el alcance de esta protección. Echamos en falta la extensión de esta posibilidad a la violencia psicológica, el acoso y el acoso sexual, que, a nuestro modo de ver, pueden resultar experiencias igualmente traumáticas para las víctimas. Otra limitación a la protección que otorga el artículo 55 de que ciertos delitos sean perseguidos o continuados de oficio, la encontramos en la

¹⁰⁰ Vid. Explanatory Report..., cit. supra, párrafo 278.

posibilidad -incluida en el artículo 78.2 del texto- de formular reservas al artículo en relación con los delitos de violencia física denominados “de menor importancia”. El informe explicativo del Convenio aclara al respecto que los redactores quisieron establecer una distinción clara entre delitos graves de violencia física que den lugar a lesiones corporales graves o a la pérdida de la vida, y otros delitos -delitos menores de violencia física- que no llevan estas consecuencias. El peligro de esta distinción se encuentra, a nuestro juicio, por un lado, en que se ignora que estos delitos menores de violencia física suelen ser la antesala de graves atentados contra la vida de las mujeres; y, por otro lado -como recoge el informe explicativo- en que se deja en manos de los Estados la determinación de las conductas que se deben calificar como delitos menores de violencia física¹⁰¹.

En cuanto a los mecanismos de control del tratado, el Convenio de Estambul contempla únicamente la presentación de informes por parte de los Estados Partes ante un órgano de control creado *ex proffeso* denominado GREVIO, compuesto por expertos que actúan a título individual, con independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función de supervisión¹⁰². El Convenio también establece un órgano político, denominado Comité de las Partes, compuesto por los representantes de los Estados Partes del Convenio que coadyuvan en esta labor de control. Aparte de la presentación de informes estatales, el texto no contempla - a diferencia de la Convención de Belém do Pará- la posibilidad de presentación de denuncias individuales ante el GREVIO o ante otro órgano del Consejo de Europa, como pudiera ser el TEDH, excluyendo, por tanto, la opción de un posible control jurisdiccional por las infracciones del Convenio.

La labor del GREVIO, por tanto, consiste básicamente en el examen del informe que cada Estado Parte le presenta sobre las medidas legislativas o de otro tipo adoptadas para dar cumplimiento al Convenio y, en base a ese informe, el GREVIO elabora sus propias conclusiones que se harán públicas posteriormente. De su procedimiento de actuación podemos destacar algunos aspectos interesantes. En primer lugar, el GREVIO puede recibir información directa de la sociedad civil, ONGs e instituciones nacionales de derechos humanos, lo que palía en cierto modo la ausencia de una vía para presentar

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafos 279 a 281.

¹⁰² *Vid.* Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, Capítulo IX Mecanismo de seguimiento; artículos 66 a 70. Los redactores del texto consideraron que el sistema de supervisión de este debía ser uno de los puntos fuertes del tratado siguiendo la opinión del CAHVIO de que era de suma importancia contar con un mecanismo de supervisión sólido e independiente. *Vid.* Explanatory Report..., cit. supra, párrafo 337.

denuncias individuales o colectivas ante este órgano. En segundo lugar, el GREVIO puede organizar visitas *in situ* como un medio subsidiario cuando sea necesario para la elaboración de sus conclusiones, si bien, esas visitas deben organizarse en cooperación con las autoridades nacionales del país en cuestión. En tercer lugar, el GREVIO debe entablar un diálogo con el país interesado antes de hacer públicos sus informes. Y, finalmente, en cuarto lugar, las conclusiones del GREVIO deben hacerse públicas tras su adopción y no pueden ser modificadas por el Comité de las Partes, lo que refuerza la independencia y el respeto a la labor del órgano técnico frente a criterios políticos y partidistas. En relación con esto último, el informe final del GREVIO debe ser difundido y sometido por los Estados a sus respectivos Parlamentos. La participación de los órganos legislativos nacionales contribuye a la labor de control del Convenio, así como la participación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que debe hacer balance del Convenio con regularidad¹⁰³.

La garantía de independencia del GREVIO, la difusión de sus informes y conclusiones, y la intervención obligada de los órganos parlamentarios, son los aspectos más destacables, a nuestro juicio, del mecanismo de seguimiento diseñado en el Convenio. Estamos de acuerdo con Alija Fernández cuando afirma que el control propuesto en el Convenio de Estambul no pretende ser sancionatorio, sino que, por el contrario, “evidencia un espíritu cooperativo” orientado a identificar problemas en la aplicación del Convenio y a ayudar a los Estados a superarlos¹⁰⁴. Ese afán de cooperación puede ser una de las razones por las que el Convenio únicamente contempla la presentación de informes estatales como mecanismo de control de su cumplimiento, olvidándose de otras herramientas conocidas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como las denuncias individuales ante los órganos judiciales internacionales, en este caso ante el TEDH. Aunque, desde nuestro punto de vista, no sería descabellado apuntar a otro tipo de razones más relacionadas con las dificultades que un mecanismo de esas características generaría en el sistema de protección de derechos humanos diseñado por el Consejo de Europa. Y es que la naturaleza universalista del Convenio -abierto a la firma del cualquier país del mundo, aunque no sea miembro del Consejo de Europa- chocaría con la implantación de un mecanismo de denuncias ante el TEDH y distorsionaría el sistema. Si tal mecanismo se implantase, cualquier país no miembro del Consejo de Europa que ratificase el

¹⁰³ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 70.

¹⁰⁴ Entrecomillado de la autora. Vid. ALIJA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 47.

Convenio tendría que reconocer la jurisdicción del Tribunal europeo para la resolución de las controversias por las infracciones del Convenio. Cuesta imaginar que países como India o Estados Unidos, por ejemplo, reconociesen la competencia del Tribunal de Estrasburgo si ratificasen el tratado.

Finalmente, es un avance importante que el Convenio no permita expresamente las reservas al texto, aunque las excepciones con respecto a algunas disposiciones importantes -ciertas reglas de competencia de los Estados para perseguir los delitos de violencia, por ejemplo- pueden, en nuestra opinión, abrir brechas en la consecución de un régimen común europeo en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹⁰⁵.

Por lo que respecta al grado de implementación del Convenio de Estambul en nuestra legislación interna, la representante española ante el GREVIO afirma que los presupuestos sobre los que descansa el Convenio de Estambul están muy cercanos, no ya al espíritu, sino al tenor literal de muchas leyes con las que nuestro ordenamiento jurídico ha afrontado el problema de la violencia contra la mujer en los últimos veinte años¹⁰⁶. Sin embargo, pese a la semejanza de nuestra Ley Integral contra la Violencia de Género con el Convenio de Estambul en muchos aspectos -enfoque integral, incorporación de medidas de prevención, educación, formación de profesionales, protección y apoyo-, existen también algunas discrepancias. Un ejemplo de éstas lo encontramos en el concepto de violencia contra la mujer, mucho más amplio en el Convenio que en la ley española que lo restringe a la violencia que se ejerce hacia la mujer por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges de la víctima o de quienes estén o hayan estado ligados a la víctima por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. La violación y la violencia sexual y la trata con fines de explotación sexual, por ejemplo, no están contempladas como manifestaciones de violencia contra la mujer y no están incluidas en nuestra ley integral de violencia de género. Para la presidenta del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General

¹⁰⁵ Vid. Council of Europe Convention on preventing..., cit. supra, artículo 78. Las disposiciones sobre las que se pueden formular reservas son: el apartado 2 del artículo 30 -concesión de indemnización por parte del Estado-; los apartados 1.e, 3 y 4 del artículo 44 -relativos a ciertas reglas de competencia de los Estados para perseguir los delitos de violencia-; el apartado 1 del artículo 55, en lo que concierne al artículo 35 con respecto a los delitos de menor importancia -procedimientos *ex parte* y *ex officio* para delitos de violencia física-; el artículo 58 en lo que se refiere a los artículos 37, 38 y 39 -plazo de prescripción para los delitos de matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilizaciones forzosos-; y el artículo 59 -referido al estatuto de residente-.

¹⁰⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, G.: "El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer" en *Revista de Jurisprudencia*, número 2, 12 septiembre 2015.

del Poder Judicial, es cuestión de tiempo que las agresiones sexuales en España y la trata se incluyan como violencia de género porque la firma del Convenio de Estambul nos obliga a ello¹⁰⁷. En la misma línea, Peramoto Martín opina que la visión amplia de la violencia contra la mujer que ofrece el Convenio obliga a España a hacer un replanteamiento jurídico, puesto que el tratado establece obligaciones para el Estado español, entre ellas, la adopción de medidas para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en su ámbito de aplicación¹⁰⁸. El Pacto de Estado sobre violencia de género, aprobado en 2017 por el Congreso de los Diputados -un gran acuerdo de las principales fuerzas políticas en esta materia que incrementa la protección de las mujeres víctimas y de sus hijos- contempla la ampliación del concepto de violencia de género a cualquier forma de violencia contra la mujer por el hecho de serlo¹⁰⁹.

La respuesta sancionadora que contempla el Convenio de Estambul y que ordena tipificar determinadas conductas de violencia contra las mujeres y niñas como delitos ha tenido reflejo en nuestro ordenamiento jurídico. La reforma del Código Penal de 2015 responde tímidamente a este fin, introduciendo modificaciones relativas a: la incorporación de la agravante de género; el nuevo tipo de acoso, hostigamiento, acecho o *stalking*; la tipificación de los matrimonios forzosos; el castigo penal a la divulgación no autorizada de imágenes o *sexting*; la incorporación de la trata de seres humanos o de la apología de la violencia de género como delito de odio¹¹⁰. Nuestro ordenamiento jurídico ha sido pionero en la regulación de la violencia contra la mujer conforme a los estándares internacionales marcados por el Consejo de Europa -nuestra Ley Integral es de 2004, el Convenio de Estambul de 2011- pero ello no significa, como señalan las

¹⁰⁷ Vid. CARMONA VERGARA, op. cit. Sobre la violación y violencia sexual en España, véase: https://www.elconfidencial.com/espana/2016-07-11/numero-violaciones-espana_1231474/ (última consulta 18/04/2019).

¹⁰⁸ PERAMATO MARTÍN, T.: “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución” en *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 51, 2015, pp. 8-25, p.11. La autora considera la necesidad de emprender actuaciones legislativas en nuestra legislación con una visión amplia de la violencia contra la mujer acorde con nuestras obligaciones internacionales derivadas del Convenio de Estambul.

¹⁰⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, número 79, de 28 de septiembre de 2017. El Plan contempla la adopción de 213 medidas de tipo institucional, educativo, judicial y sanitario, entre otros. Como novedad incluye la consideración de víctima de violencia de género a las madres de hijos asesinados por su pareja. Las medidas previstas en el Pacto, sin embargo, aún no han recibido asignación presupuestaria, por lo que no se han podido materializar por el momento, lo que ha provocado las críticas de algunos sectores de la sociedad. En cumplimiento de este Pacto, el Observatorio de Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial ha empezado a contabilizar la violación y el acoso como formas de violencia contra la mujer. Noticia aparecida en: <http://observatorioviolencia.org/el-acoso-y-la-violacion-considerados-como-violencia-de-genero-por-el-cgpi> (última consulta 18/04/2019).

¹¹⁰ LO 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español, BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (BOE núm. 180 de 29/07/2015).

expertas en la materia, que aún no queden reformas pendientes para completar la adecuación de nuestro ordenamiento al Convenio de Estambul, entre ellas, la que permita ampliar el concepto de violencia contra la mujer o violencia de género para incorporar todas las formas de violencia que contempla el tratado.

A modo de recapitulación, podemos señalar que algunos avances e innovaciones que trae consigo el Convenio de Estambul -el enfoque integral en el tratamiento de las formas de violencia contra las mujeres, la inclusión del género y comprensión de la violencia en el contexto de la desigualdad, y la incidencia del Convenio en todos los ámbitos del Derecho material de los Estados, entre otros-, representan sin duda un fortalecimiento de la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia. Sin embargo, este robustecimiento se ve amortiguado, a nuestro modo de ver, con el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento del tratado que excluye los mecanismos de carácter sancionador y contencioso. Esta característica distancia al Convenio de Estambul, no sólo de su tratado homólogo del sistema americano -la Convención de Belém do Pará- sino también del CEDH y del propio sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, cuya clave de bóveda se encuentra precisamente en el acceso directo de los particulares al TEDH. A nuestro juicio existen varios motivos que pueden explicar la ausencia de un mecanismo contencioso en el tratado. En primer lugar, el hecho de que el texto no recoja derechos nuevos para las mujeres, sino que se limite a reforzar los reconocidos en el CEDH¹¹¹. En segundo lugar, el espíritu de cooperación que impregna las actuaciones del GREVIO. Y, en tercer lugar, la vocación universal del tratado -abierto a la firma de cualquier país de mundo sea o no miembro del Consejo de Europa-, que dificulta -por no decir que imposibilita-, la implantación de un sistema de denuncias individuales ante el TEDH dadas las dificultades que conllevaría la exigencia del reconocimiento de la jurisdicción del tribunal por parte de países no miembros del Consejo de Europa. En nuestra opinión, el Consejo de Europa al optar por la aprobación de un texto “para el mundo”, de tono conciliador y espíritu cooperativo, en cuanto a la exigencia de su cumplimiento, sacrifica la protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio.

La protección de la integridad de las mujeres en el sistema de protección establecido en el Consejo de Europa resulta fortalecida no sólo por la existencia de un

¹¹¹ *Vid.* Explanatory Report... cit. supra, párrafo 47.

Convenio específico que regula la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, sino también por la existencia de otros tratados complementarios dirigidos a regular desde una perspectiva de los derechos humanos y con enfoque de género algunas manifestaciones de este tipo de violencia. Desde esta perspectiva, podemos afirmar que la integridad de las mujeres en el sistema regional del Consejo de Europa se encuentra protegida de la manera más amplia que ofrece el Derecho Internacional contemporáneo y de la forma más efectiva por venir recogida en normas de carácter convencional.

2.- LA UNIÓN EUROPEA (UE).

2.1.- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Los tratados originarios de la UE no hacen ninguna referencia a los derechos de las mujeres y la protección de su integridad del mismo modo que guardan silencio sobre los derechos fundamentales de todas las personas¹¹². Este hecho se convierte en la razón de peso que nos hace afirmar que la UE no configuró en su origen –tampoco lo ha logrado en la actualidad- un auténtico sistema de protección de los derechos humanos, materia para la que no han recibido competencias las Instituciones europeas, según ha indicado el TJCE -hoy TJUE- en varios de sus dictámenes¹¹³. A pesar de la ausencia de

¹¹² La doctrina ha ofrecido diferentes razones del silencio de los Tratados originarios a los derechos fundamentales, entre ellas, las que apunta Salinas de Frías: la interconexión e influencia de motivos económicos y políticos; o la que señala Sanz Caballero: la creación del Consejo de Europa y su sistema propio de protección de los derechos fundamentales, que sirvió de motivo para considerar que éstos ya estaban suficientemente protegidos y era innecesario establecer otro sistema en Europa para su protección. *Vid.* SALINAS DE FRÍAS, A.: *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 6; SANZ CABALLERO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 77 y 78. Otros autores, en cambio, consideran que el respeto de los derechos humanos ya se encontraba incluido de forma implícita en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, aunque, como puntualiza alguno de ellos, esos derechos humanos no eran reconocidos con carácter general, ya que se predicaban de las personas “en tanto que sujetos de derecho comunitario” y no por el mero hecho de ser personas. *Vid.* MANGAS MARTÍN, A.: “La contribución de la Unión Europea al respeto de los derechos humanos: luces y sombras” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.), Vol. 2, 2010, Colección Escuela Diplomática nº 16, pp. 19-34; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “Derechos Humanos y Unión Europea” en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, 2000, pp. 375-376.

¹¹³ El TJCE -hoy TJUE-, a propósito de la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, ha reiterado que las Instituciones europeas no han recibido competencias de los Estados miembros para dictar disposiciones normativas en materia de derechos humanos, o para celebrar convenios internacionales en este ámbito, siendo necesario para ello la modificación de los Tratados. *Vid.* Dictamen TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996, y Dictamen TJUE 2/13, de 18 diciembre 2014.

un catálogo de derechos humanos en los Tratados constitutivos, en el año 2000 se aprobó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁴ que nació originariamente como un texto con valor meramente declarativo de naturaleza no vinculante, pero, posteriormente, el Tratado de Lisboa, tras el fracasado proyecto constitucional europeo que incluía un catálogo de derechos reconocidos, le otorgó carácter vinculante, equiparándola de este modo con los Tratados constitutivos¹¹⁵. La naturaleza vinculante de la Carta permite a Escribano Úbeda-Portugués afirmar -de una manera muy optimista en nuestra opinión- que el texto, a partir de Lisboa, consolida a la Unión como el área de vanguardia a nivel mundial en la preservación y respeto de los derechos humanos¹¹⁶. Y, pensamos que esta opinión es excesivamente optimista por varias razones: porque la CDFUE no adopta un enfoque de género ni tiene en cuenta la

Disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=ES> (última consulta 18/04/2019).

Ante la ausencia de un sistema propio de protección de los derechos humanos y el persistente silencio de los Tratados, el TJCE asumió el papel activo en la protección de los derechos fundamentales en las antiguas Comunidades Europeas, elaborando con su jurisprudencia, de forma casuística, un catálogo de derechos inspirado en los principios generales del Derecho Comunitario, en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en los tratados internacionales, especialmente el CEDH. Un estudio exhaustivo sobre lo que se ha denominado la construcción pretoriana de protección de los derechos humanos/derechos fundamentales a través de la jurisprudencia del TJCE –hoy TJUE- en: SALINAS DE FRÍAS, A.: “La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, Tesis Doctoral, Málaga 1996, p. 719. Véase también: CASTILLO DAUDÍ, op.cit., p. 189 y ss; LIÑÁN NOGUERAS, op. cit., pp. 379-380; SANZ CABALLERO *Los derechos fundamentales...*, op. cit. p. 78.

¹¹⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), 18 diciembre de 2000. La CDFUE fue formalmente proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Sus fuentes de inspiración fueron, entre otras, el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

¹¹⁵ El tratado de Lisboa deja claro en el artículo 6.1 que las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. *Vid.* Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 13 diciembre 2007, (2007/C 306/01). Instrumento de ratificación de España (BOE núm. 184 de 31 de julio de 2008). Con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, la Unión Europea adquiere personalidad jurídica propia como sujeto de Derecho Internacional sucediendo a las Comunidades Europeas. El Tratado de Lisboa suprimió la antigua estructura y estableció un nuevo reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros; introdujo modificaciones en el modo de funcionamiento de las instituciones europeas y en los procesos de toma de decisiones; confirió nuevas competencias legislativas al Parlamento Europeo; y desdibujó los límites entre el antiguo primer pilar (pilar comunitario) y el tercer pilar (libertad, seguridad y justicia), hasta hacerlos desaparecer prácticamente. El impacto del Tratado en el ámbito jurisdiccional ha sido de calado, como afirma Huelin Martínez de Velasco, ya que, salvo en materia de política exterior y de seguridad común, todas las actividades de la Unión se someten a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También ha contribuido el Tratado de Lisboa a reducir el déficit democrático que se le achacaba a la Unión mediante la creación de la iniciativa ciudadana europea, que permite a los ciudadanos europeos impulsar la actividad legislativa de las instituciones europeas. Al respecto, véase: HUELÍN MARTINEZ DE VELASCO, J.: “Los efectos del Tratado de Lisboa sobre los pilares de la Unión Europea: una visión jurisdiccional” en *Revista de Jurisprudencia*, número 2, 3 marzo 2011.

¹¹⁶ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: “La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.), Vol. 2, 2010, Colección Escuela Diplomática nº 16, pp. 141-155, p. 143.

especial vulnerabilidad de las mujeres a sufrir violencia basada en su género, por lo que no incorpora mecanismos de protección de su integridad; porque la Carta no amplía ni crea nuevas competencias de la UE en materia de derechos humanos que haga reversible esta situación; porque la Carta permite desvincularse de su aplicación; y porque los particulares adquieren con la Carta una posición muy débil para hacer valer vía judicial los derechos reconocidos en el texto.

Efectivamente, la Carta no adopta un enfoque de género, no regula los derechos de las mujeres ni su protección frente a los actos de violencia basados en su género. Entre los derechos civiles, políticos, económicos y sociales que la Carta recoge¹¹⁷, únicamente se contemplan dos principios que afectan directamente a los derechos de las mujeres: el principio de no discriminación en razón del sexo y la igualdad de mujeres y hombres¹¹⁸. Ambos representan principios fundamentales del Derecho comunitario, que aparecen consagrados en el Tratado constitutivo de la CEE y que han sido regulados posteriormente en numerosas normas de derecho derivado¹¹⁹. La igualdad se contempla en la UE en una doble vertiente: la que implica la necesidad de respetarla en todos los ámbitos y la que implica la adopción o mantenimiento de acciones positivas que favorezcan al sexo menos representado. Las acciones positivas no están previstas

¹¹⁷ Escribano Úbeda-Portugués estructura estos derechos en torno a seis ejes: la dignidad (artículos 1 a 5); las libertades (artículos 6 a 19); la igualdad (artículos 20 a 24); la solidaridad (artículos 25 a 36); la ciudadanía (artículos 37 a 44); y la justicia (artículos 45 a 48), que se completan con un Capítulo sobre disposiciones generales e interpretación de la Carta. *Ibidem*, p. 145 y ss.

¹¹⁸ CDFUE, cit. supra, artículos 1 a 3 y 21 y 23.

¹¹⁹ En 1957 el Tratado constitutivo de la CEE consagró el principio de igualdad entre mujeres y hombres. El Tratado de Ámsterdam recogió la integración de la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias y convirtió el principio de igualdad de trato en un derecho fundamental. El Tratado de Niza reconoció la necesidad de aplicar acciones positivas para fomentar la participación de las mujeres en el mercado laboral. El Tratado de Lisboa convirtió el principio de igualdad entre mujeres y hombres en un valor común de la Unión Europea (art. 2 del TUE). A partir de 1975 una serie de Directivas fueron ampliando la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres a las condiciones laborales, formación, promoción profesional, seguridad social, acceso a los bienes y servicios, protección a la maternidad, permiso parental, defensa de los derechos, indemnización a las víctimas y carga de la prueba. En 2006 se creó un Instituto Europeo para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en Vilna (Lituania). Los principales instrumentos normativos y programáticos donde se ha querido materializar la integración de la perspectiva de género y el principio de no discriminación por razón de sexo son: la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 (COM (2010) 491); la Carta de la Mujer (COM (2010) 78); el Plan de trabajo para la igualdad (2006-2010), el Quinto Programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades (2001-2006), la Integración de la igualdad de oportunidades en las políticas comunitarias y el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020). Sobre el principio de no discriminación por razón de sexo, la UE cuenta con: Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro, tanto en el sector público como privado; Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo, según la cual los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que cuando la parte demandante aporte ante un Tribunal de justicia, u otra instancia competente, elementos de hecho que permitan suponer la existencia de una discriminación, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad.

exclusivamente para las mujeres, sino para el sexo menos representado, si bien, la realidad muestra que son las mujeres las más infrarrepresentadas en la mayoría de los ámbitos de la vida social, política y laboral.

Por otro lado, la Carta no amplía el ámbito del Derecho de la Unión más allá de las competencias atribuidas en los tratados originarios, ni crea nuevas competencias en materia de derechos humanos. Las Instituciones comunitarias y los Estados miembros deben respetar los derechos y observar los principios de la Carta con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites competenciales que se atribuyen a la Unión¹²⁰. En opinión de Mangas Martín, la Carta representa un “trabajo de revelación de derechos”, pues se trata de la codificación de los derechos ya admitidos en las constituciones estatales y convenios internacionales, y lo que hace es reafirmar el derecho existente¹²¹. Por tanto, la Carta compila, sin más, en un único texto, los derechos fundamentales de los ciudadanos y residentes de la UE ya reconocidos y admitidos en otros textos jurídicos. No puede resultar extraño, en consecuencia, que la Carta no contemple –porque no lo hacen tampoco los tratados originarios- los derechos de las mujeres y la protección de su integridad frente a los actos de violencia basados en su género. Y tampoco resulta extraño que esta situación sea irreversible si no se otorgan competencias a la UE en materia de derechos humanos a través de la modificación de los tratados originarios.

Una vía por la que podrían penetrar los derechos de las mujeres y su protección frente a la violencia basada en su género en el Derecho de la Unión es a través de la adhesión de la UE al CEDH, que abriría las puertas a la actuación del TEDH cuya jurisprudencia ha sido decisiva para la protección de la integridad de las mujeres. Esta posibilidad, sin embargo, pese a estar prevista en el Tratado de Lisboa, ha sido rechazada por el TJUE en varias ocasiones¹²². No obstante, la relación casi simbiótica

¹²⁰ CDFUE, cit. supra, artículo 51. La Comisión tiene aprobada una Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta que consiste, entre otras cosas, en controles sistemáticos para garantizar que sus propuestas legislativas y actos sean compatibles con los derechos recogidos en la Carta. *Vid.* Comunicación de la Comisión de 19 de octubre de 2010: Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea (COM (2010)573).

¹²¹ *Vid.* MANGAS MARTÍN, *La contribución de la Unión Europea...*, op. cit., p. 22.

¹²² El artículo 6.2 del Tratado de Lisboa incorpora un mandato de adhesión de la UE al CEDH, si bien, afirma que la adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. El TJUE ha rechazado la opción de la adhesión al CEDH en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 y la ha vuelto a rechazar en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, sosteniendo de forma contundente la incompatibilidad de los Tratados constitutivos y el Proyecto que se le había sometido a dictamen para la adhesión al CEDH. Salinas de Frías opina que son difíciles de aceptar los cuatro argumentos básicos alegados por el TJUE, que no pueden entenderse sino apreciando un verdadero pecado de soberbia por parte del alto Tribunal, que no acepta en ningún caso el control de órgano externo alguno. En primer lugar

entre la UE y el Consejo de Europa, fruto de unas tradiciones constitucionales comunes y de la coincidencia de muchos de sus miembros -los 28 Estados miembros de la UE forman parte del Consejo de Europa-, se pone de manifiesto en el texto de la Carta en varias ocasiones cuando hace referencia al CEDH como parámetro para el ejercicio e interpretación de los derechos que regula. Así, conforme a los artículos 52 y 53 de la CDFUE, el ejercicio de los derechos y libertades que se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, tendrán el alcance y el sentido que le otorga este Convenio, y los que tienen su fundamento en los Tratados constitutivos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. Por otro lado, las disposiciones de la Carta no pueden interpretarse de forma limitativa o lesiva de los derechos y libertades reconocidos por el CEDH y el Derecho de la Unión. A juicio de Sánchez Patrón, el texto introduce variantes en cuanto al régimen general de limitaciones al ejercicio de derechos y libertades. De un lado, cuando éstos se corresponden con los establecidos en los Tratados constitutivos, su ejercicio se restringe en la medida que dichos Tratados determinan. De otro lado, cuando estos derechos se correspondan con el CEDH, los límites serán los que determine el propio Convenio, así como el TEDH al interpretarlos y aplicarlos. Estos regímenes particulares de limitaciones a los derechos y libertades de la Carta comportan, a su juicio, una merma considerable del margen de apreciación del que goza el TJUE para determinar el alcance de una buena parte de los derechos y libertades que figuran en la Carta¹²³.

-señala la autora- la existencia de un monopolio interpretativo estricto del Derecho de la Unión a favor del TJUE impide cualquier interacción del TEDH con el ordenamiento jurídico de la UE, pues todo contacto con éste se considera una interpretación de las normas de la UE que únicamente compete al TJUE. En segundo lugar, no es posible someter la violación de derechos y libertades fundamentales del CEDH a la jurisdicción del TJUE, dada la especificidad del sistema jurídico que establece el Convenio y el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros. En tercer lugar, el Tribunal prima la aplicación de la CDFUE, a pesar del carácter abierto y programático de ésta, de la inclusión de derechos que no están incorporados en los tratados constitutivos o en el propio CEDH, y de la preeminencia que la propia CDFUE otorga al CEDH. Y, en cuarto lugar, el sistema diseñado en el proyecto de Acuerdo de adhesión pone en riesgo la cooperación leal de los Estados miembros con la UE y puede dar lugar a la invasión jurisdiccional del ámbito de la PESC mediante el control por parte del TEDH de determinados actos y acciones que se producen en ese marco. *Vid.* SALINAS DE FRÍAS: “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *aquiescencia*, noviembre 23, 2015. De la misma autora sobre las vicisitudes e implicaciones jurídicas del planteamiento de la adhesión al CEDH y a la CSE: SALINAS DE FRÍAS, A.: “La adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Carta Social Europea” en *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M., JIMENA QUESADA, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 y SALINAS DE FRÍAS *La protección de los Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 105-173.

¹²³ SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “El régimen de limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en *La Unión Europea ante el Siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas de la XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derechos Internacional y Relaciones Internacionales, Coord. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., Madrid, 2003. pp. 153-158, en especial p. 158.

En cuanto a las limitaciones de la aplicación de la Carta que hemos referido anteriormente –la posibilidad de desvinculación-, el hecho más evidente que ensombrece la fuerza jurídica que otorga el Tratado de Lisboa a la CDFUE es el Protocolo de Aplicación de la Carta a Polonia y Reino Unido, anexo a los Tratados, en el que estos Estados se desvinculan de la obligatoriedad de la Carta en el ámbito de derechos no reconocidos por sus legislaciones nacionales, y declaran que, aunque la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión, “no amplía la competencia del TJUE ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma”¹²⁴. También la República Checa ha emitido una Declaración adicional al Tratado en este mismo sentido¹²⁵. Este nuevo revés en el ámbito de los derechos humanos en Europa pone de manifiesto de manera patente, a nuestro modo de ver, el disenso en esta materia en el seno de la misma Unión Europea. Para Hermida del Llano produce cierta perplejidad que se haya admitido que ciertos Estados miembros puedan ratificar el Tratado de Lisboa, consintiendo su contenido valorativo, pero dejando de estar vinculados por la Carta¹²⁶.

Finalmente, la débil posición de los particulares para hacer valer vía judicial los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE, es otro de los argumentos principales de los que se valen los autores para señalar que la UE carece realmente de un sistema propio de protección de los derechos humanos¹²⁷. Efectivamente, como

¹²⁴ Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, artículo 1.1.

¹²⁵ Sanz Caballero explica las razones que han llevado a Reino Unido, Polonia y la República Checa a rechazar la obligatoriedad de la Carta. Reino Unido considera que el hecho de que el Tribunal de Justicia pueda revisar lo que digan los legisladores o jueces británicos limita su soberanía, además rechaza el contenido social de la Carta. Polonia teme que la UE intervenga en asuntos internos que afecten la moralidad o la religión, principalmente en relación con cuestiones de derecho de familia, como el matrimonio gay o el aborto. La República Checa teme el inicio de procedimientos de reclamación de tierras por parte de los alemanes en la región de los Sudetes. *Vid.* SANZ CABALLERO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 82.

¹²⁶ HERMIDA DEL LLANO, C.: “El Tratado de Lisboa: ¿una Europa de derechos y valores?” en *Revista Recunoscute CNCSIS, Revista DREPT-Series Jurisprudentia*, núm. 12, 2009, pp. 106-112, p. 106.

¹²⁷ En opinión de Mangas Martín, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha traído consigo el reforzamiento de la obligatoriedad de la Carta de Niza y la adhesión al CEDH, logrando que el respeto a los derechos humanos, mediante su positivación, contribuya a dotar de legitimidad democrática el sistema de integración. Pero con ello, apunta la autora, la UE “posiblemente ha llegado a su límite de progreso por el corsé que supone la inevitable falta de competencia normativa de la Unión en materia de derechos humanos”. Castillo Daudí también resalta este aspecto, indicando que no puede hablarse de un sistema de protección de los derechos humanos en sentido propio, pues no hay un texto jurídico vinculante que reconozca un catálogo de derechos fundamentales ni tampoco existen mecanismos específicos de

máxima expresión de la defensa de los derechos reconocidos en la Carta, el texto establece la garantía judicial frente a su violación -el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial-, sin que reconozca ningún otro mecanismo especial de protección de derechos¹²⁸. A partir de Lisboa, pues, la competencia para la interpretación de las disposiciones de la Carta la ostenta el TJUE que dispone de un *corpus* de derechos fundamentales positivizado que le permite extender la protección de estos de forma segura y pacífica. Sin embargo, conforme al artículo 9 F del Tratado de Lisboa, son los Estados miembros a los que corresponde establecer las vías de recurso para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos que comprende el Derecho de la Unión, lo que incluye los derechos reconocidos en la Carta¹²⁹. Como dice Hermida del Llano, resulta lamentable la posición tan débil que tienen los particulares en la UE al no reconocérsele un recurso directo por la violación de sus derechos fundamentales. La ausencia de un recurso de amparo o un recurso general por violación de los derechos fundamentales proclamados en la CDFUE marca la diferencia entre el sistema de protección de derechos humanos de la UE y el sistema de protección establecido por el CEDH que sí recoge la vía judicial como garantía de estos derechos¹³⁰.

Para complementar la defensa y garantía de los derechos humanos en la UE, el Consejo creó en 2007 la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA). La finalidad de la Agencia es asesorar a las Instituciones y órganos comunitarios y a los Estados miembros sobre la aplicación del Derecho Comunitario para asegurar el respeto de los derechos humanos¹³¹. Entre las funciones de la Agencia no figuran el examen de denuncias individuales o interestatales, ni el establecimiento de normas, sino que su actuación se limita a la información, la investigación y la elaboración de informes¹³². Pese a lo limitado de sus funciones, merece ser destacada su labor e

protección. Vid. MANGAS MARTÍN, *La contribución de la Unión Europea...*, op. cit., pp. 21 y ss.; CASTILLO DAUDÍ, op.cit., p. 187; LIÑÁN NOGUERAS, op. cit., pp. 371-372.

¹²⁸ CDFUE, cit. supra, artículo 47.

¹²⁹ Vid. Tratado de Lisboa, artículo 9 F.

¹³⁰ Vid. HERMIDA DEL LLANO, op. cit., p. 108.

¹³¹ Reglamento del Consejo (CE) n° 168/2007, de 15 de febrero de 2007 por el que se crea la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con sede en Viena. La Agencia sucedió al Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, del que asume su mandato. Uno de los rasgos característicos del funcionamiento de la Agencia es su total independencia en la realización de sus cometidos, la transparencia de sus actividades, y el acceso a sus documentos. Este rasgo de la independencia rige también en la composición de sus miembros, designados por cada Estado miembro, por el Consejo de Europa y por la Comisión. Sobre la organización y composición véase artículos 11 y siguientes del Reglamento. Su funcionamiento está regulado en los artículos 16 y 17.

¹³² *Ibidem*, artículo 4. Para Escribano Úbeda-Portugués, la Agencia representa uno de los mayores hitos en el proceso de integración europea en materia de protección de los derechos humanos. Para Sanz Caballero fue la manera que tuvo la UE de enmendar dos fracasos anteriores: a) la incapacidad para

informes sobre la dimensión del problema de la violencia contra la mujer en Europa. Según sus datos, la violencia de género afecta de manera desproporcionada a las mujeres en Europa -13 millones de mujeres experimentaron violencia física y 3,7 millones de mujeres fueron víctimas de violencia sexual-¹³³.

En definitiva, la CDFUE, que pretende convertirse en la piedra angular de los derechos fundamentales en la UE, resulta, un texto pobre y limitado en su contenido, aséptico y neutro en cuanto al género, que mira hacia otro lado y deja fuera de su regulación la desigualdad estructural y la discriminación de las mujeres como causas favorecedoras de la violencia basada en su género. La ausencia de un tratamiento autónomo de los derechos de las mujeres -salvo la referencia a la igualdad entre hombres y mujeres, que curiosamente se incluye en el mismo Título que recoge los derechos de otros colectivos que presentan necesidades especiales de protección, por su madurez personal (niños) o por la disminución de sus capacidades físicas o psíquicas (personas mayores y discapacitados)-, junto con el hecho de que no se mencione la violencia contra las mujeres o la violencia de género como una violación de los derechos humanos, distancia a la Carta europea de los principales instrumentos internacionales -universales y regionales- que se han hecho eco de esta realidad, empobreciendo de manera notable el único texto jurídico de calado que existe hasta el momento en la Unión Europea sobre derechos humanos.

2.2.- Las normas de Derecho derivado que inciden en la protección de la integridad de las mujeres.

El hecho de que los textos constitutivos de la UE y la CDFUE no hagan referencia explícita a los derechos de las mujeres ni contemplen la protección de su

otorgar valor vinculante a la CDFUE en la Cumbre de Niza de 2000; y b) el abandono del Tratado Constitucional Europeo que hubiera dado valor vinculante a la Carta. *Vid.* ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, op. cit., p. 149; SANZ CABALLERO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 81.

¹³³ *Vid.* FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, “Violencia de género contra las mujeres...”, cit. supra, puntos 1.7 y 2.1. El informe recoge los resultados obtenidos en una encuesta a escala en la UE, basada en entrevistas realizadas a 42.000 mujeres de los 28 Estados miembros. El informe refleja el modo desproporcionado en el que afecta la violencia de género a las mujeres en Europa. Así, los resultados indican que 13 millones de mujeres experimentaron violencia física durante los 12 meses previos a la entrevista. Esta cifra equivale a un 7 % de mujeres con edades entre 18 y los 74 años en la UE. Respecto a la violencia sexual, 3,7 millones de mujeres fueron víctimas de dicha violencia durante los 12 meses previos a la entrevista, lo que representa el 2 % de las mujeres de entre 18 y 74 años en la UE. Además, la mitad de las mujeres declararon evitar ciertas situaciones o lugares por temor a ser agredidas física o sexualmente; mientras que, por el contrario, el temor de los hombres a ser víctimas de delitos, y la repercusión que éste tiene en sus vidas, suele ser menor que en el caso de las mujeres, según las encuestas de población generales sobre delincuencia y victimización.

integridad, no significa que el problema de la violencia contra la mujer basada en su género no haya sido tenido en cuenta por las Instituciones comunitarias¹³⁴ ni se haya regulado a través del Derecho derivado de la UE¹³⁵. Algunas de estas normas que inciden en aspectos de la protección de la integridad de la mujer son de carácter vinculante y otras -la mayoría- son normas de carácter programático y recomendatorio.

Entre las normas vinculantes destacamos las Directivas que regulan los derechos de las víctimas de delitos, la trata, el acoso sexual y la protección internacional en casos de asilo y refugio. Así, la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos¹³⁶, extiende su protección a las víctimas de violencia de género, pero concibiendo este tipo de violencia de forma neutra al género. A tenor de esta Directiva, la violencia por motivos de género es un tipo de violencia “dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad, o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado”, esto es, tanto los hombres como las mujeres

¹³⁴ La estructura institucional actual de la Unión Europea se apoya principalmente en los siguientes órganos: el Consejo Europeo, que reúne a los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y recibe el título de institución oficial de la Unión Europea; el Parlamento Europeo, órgano de control y colaboración normativa; el Consejo de Ministros que reúne a los representantes de los Estados miembros a escala ministerial y es órgano decisorio y de creación normativa con funciones legislativas, presupuestarias y de formulación de políticas y coordinación; la Comisión, órgano de gestión y ejecución; y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que es el órgano de interpretación y aplicación del Derecho comunitario.

¹³⁵ El Derecho derivado, que emana de las instituciones comunitarias con capacidad normativa - básicamente el Consejo con la colaboración del Parlamento, en algunos casos- está integrado por los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes. Los Reglamentos son disposiciones obligatorias para todos los Estados miembros y directamente aplicables a partir de su publicación en el Diario Oficial. Las Directivas comunitarias obligan a todos los Estados miembros en cuanto al resultado u objetivos a alcanzar, dejando a instancias nacionales la competencia para su incorporación al Derecho interno en el plazo fijado. Las Decisiones son obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios (no se dirigen a todos los Estados miembros de forma general). Las Recomendaciones no son de obligado cumplimiento, pero invitan a actuar de una determinada manera. Los Dictámenes son actos normativos de carácter no vinculante que expresan un juicio o una valoración. Las decisiones del Tribunal de Justicia, interpretando el Derecho Comunitario poseen valor normativo y se aplican de forma directa.

En cuanto a los principios que rigen la aplicación del Derecho Comunitario en los Estados miembros de la UE son el principio de primacía y el principio de eficacia directa. Por el principio de primacía, el Derecho Comunitario se impone a las normas internas del Estado miembro; por el principio de eficacia directa, el Derecho Comunitario vincula a todos los poderes públicos y es alegable ante los Tribunales de justicia nacionales.

¹³⁶ Vid. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE 14-11-2012), artículo 1. Un análisis de la protección de las víctimas de la violencia de género, a propósito de la propuesta de Directiva de la Orden Europea de Protección en: MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Protección a las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa” en *Revista de Derechos Comunitario Europea*, número 39, mayo-agosto 2011, Madrid, pp. 407-442.

pueden resultar afectados por esta violencia¹³⁷. Aunque la norma representa un avance en cuanto que incluye en su ámbito de aplicación a las mujeres víctimas de violencia de género para dispensarles una protección especial, mantiene, sin embargo, una concepción de esta violencia alejada de los estándares jurídicos universales aprobados tras la DEVAW. Como consecuencia de esto, la protección frente a la violencia de género que otorga la norma la pueden obtener tanto los hombres como las mujeres, aunque la propia Directiva reconozca que la violencia en el ámbito de las relaciones personales -la que comete una persona que es o ha sido cónyuge o compañera de la víctima, o bien otro familiar de la víctima- afecta de manera desproporcionada a las mujeres, y les ofrezca por ello una protección especial -a las víctimas y a sus hijos- debido al riesgo de victimización reiterada o revictimización.

Por otro lado, la Directiva 2002/73/CE sobre el acoso y el acoso sexual regula estas formas de violencia en el marco de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Esta Directiva tampoco adopta un enfoque de género en la materia y no define ni regula el acoso como una manifestación de violencia contra la mujer¹³⁸. En cambio, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas¹³⁹,

¹³⁷ Vid. Directiva 2012/29/UE, cit. supra, párrafos 17 y 18. La violencia de género, a tenor de la Directiva, comprende diferentes manifestaciones que afectan de modo desproporcionado a las mujeres: la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual -incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual-, la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzosos, la mutilación genital femenina y los denominados “delitos relacionados con el honor”.

¹³⁸ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE L269/15 de 5/10/2002), artículo 2. Conforme a la Directiva, el acoso sexual se refiere a “cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Por su parte, el acoso a secas es “un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Con anterioridad a la Directiva, la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, abordaba el acoso sexual en este espacio, con el fin de fomentar una mayor concienciación, a todos los niveles, sobre este problema y sus consecuencias e invitando a los Estados miembros a adoptar medidas con dicho fin. La Recomendación recoge como anexo un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual. Vid. 92/131/CEE: Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (Diario Oficial n° L 049 de 24/02/1992), artículo 1.

¹³⁹ Sobre la trata de mujeres en la UE, la Comisión ha llevado a cabo diferentes iniciativas desde que en junio de 1996 se celebrase en Viena la primera Conferencia europea sobre este asunto. Algunas de las propuestas surgidas en la Conferencia -entre ellas, el establecimiento de un Plan de acción global-, fueron asumidas por la Comisión en diferentes instrumentos jurídicos que incluían medidas para luchar contra el fenómeno de la trata de mujeres procedentes de terceros países que eran trasladadas a la Unión Europea y explotadas sexualmente bajo amenaza. Las medidas que apuntaba la Comisión para hacer frente al problema giraban en torno a la mejora de las normas penales de los Estados miembros y su cooperación

apuesta por el enfoque integral de la trata basado en los derechos humanos y la perspectiva de género, y amplía el concepto de trata que ofrece el Protocolo de Palermo¹⁴⁰. Así, la Directiva reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo, y la existencia de factores que convierten a la víctima en particularmente vulnerable –entre ellos, la edad, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad¹⁴¹-. En cuanto al concepto de trata, se añade a la definición, además de otras formas de explotación –por ejemplo, la mendicidad-, el “intercambio o transferencia de control” sobre las personas como elemento del tipo penal de la trata, y se incluye la definición de vulnerabilidad como aquella situación en la que “la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”¹⁴². Estos puntos positivos, no se extienden, en cambio, al campo de la rendición de cuentas por parte de los Estados. La Directiva establece la creación de un Coordinador de la UE sobre la trata cuya función se limita estrictamente a la coordinación de las estrategias nacionales. El seguimiento de la aplicación de la Directiva recae en la Comisión, cuya labor no ha sido muy aplaudida por el Parlamento debido al retraso en la elaboración de los informes de seguimiento¹⁴³. Por otro lado, la Directiva tiene una marcada visión de la trata vinculada a la inmigración irregular, que impide responder de manera efectiva a la trata de mujeres y niñas e incluso puede llegar a tener un impacto negativo en la protección de las víctimas¹⁴⁴. Así lo ha señalado la Comisión en relación con el tratamiento de las víctimas en los juicios penales, que en

judicial; la cooperación internacional entre las autoridades policiales; la asistencia social a las víctimas; y la cooperación con los países de origen de la trata. El enfoque que hace la Comisión de la trata de mujeres se circunscribe exclusivamente a la trata con fines de explotación sexual. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 1996, sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 9 de diciembre de 1998, sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres.

¹⁴⁰ *Vid.* Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011 (DOUE L 101, 15-4-2011) relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Preámbulo, párrafo 7. También es de aplicación la Directiva 2004/81/CE adoptada en el contexto de la lucha contra la inmigración ilegal, que prevé la concesión de un permiso de residencia temporal a las víctimas de la trata que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal. Esta Directiva establece en el apartado 2 de su artículo 9, relativo al trato que se debe dispensar a las víctimas de trata tras la expedición del permiso de residencia, que los Estados miembros prestarán asistencia médica, o de otro tipo, a las víctimas que no posean suficientes recursos y tengan necesidades especiales, tales como las mujeres embarazadas o las víctimas de violencia sexual u otras formas de violencia. *Vid.* Directiva 2004/81/CE, 24 abril 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DOUE L 264, 6-8-2004).

¹⁴¹ *Vid.* Directiva 2011/36/UE, cit. supra, Preámbulo párrafo 12 y artículo 1.

¹⁴² *Ibidem*, artículo 2.

¹⁴³ Parlamento Europeo, Resolución 12 de mayo de 2016, 2015/2118(INI), párrafo 4.

¹⁴⁴ Directiva 2011/36/UE, cit. supra, Preámbulo párrafos 7 y 14.

muchos casos son objeto de intimidación y victimización secundaria¹⁴⁵. No podemos negar, por tanto, que la Directiva supone un avance en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres víctimas de la trata en relación con los instrumentos comunitarios que le precedieron, pero este avance resulta, a nuestro parecer, bastante modesto por la asociación prevalente de la trata con la inmigración ilegal¹⁴⁶ y por la falta de profundización en las causas que propician que la mayoría de las víctimas sean mujeres y niñas.

Las Directivas europeas que regulan el Sistema Europeo Común de Asilo, aunque se sitúan en una línea favorecedora de la protección de las mujeres y de su integridad, en general no contemplan el género o la violencia de género como circunstancia a tener en cuenta en la concesión de la condición de beneficiario de protección internacional ni en los procedimientos para el otorgamiento de ésta¹⁴⁷. Así, la Directiva 2001/55/CE relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, no hace mención del género ni de la violencia contra las mujeres¹⁴⁸. Tampoco contempla ninguna medida de protección especial hacia las mujeres desplazadas. Únicamente en el artículo 13.4 podemos encontrar una alusión implícita a la violencia de género, cuando habla de prever la asistencia necesaria, sanitaria o de otro tipo, a favor de los beneficiarios de protección temporal con necesidades particulares como “las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual”. Por otro lado, la Directiva 2011/95/UE que regula los requisitos para el reconocimiento de

¹⁴⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. *Vid.* COM(2016) 267 final, p. 12.

¹⁴⁶ ORTEGA GÓMEZ, M.: “La trata de seres humanos en el Derechos de la Unión Europea”, en *“Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia”* Coord. BADIA MARTÍ, A. M^a, PIGRAU I SOLÉ, A., OLESTI RAYO, A. Vol. 2 (La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo), Madrid, 2009, pp. 1195-1216, p. 1216. Un estudio sobre la Directiva en: VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas” en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 13-14, 2011, pp. 14:1 a 14:52.

¹⁴⁷ La política europea de asilo ha sido reforzada y convertida en política común a partir del Tratado de Lisboa, artículo 78 TFUE.

¹⁴⁸ Directiva 2001/55/CE relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DO L 212/12, de 7-8-2001). Conforme al artículo 2, se entiende por protección temporal: “un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección.”.

nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, recoge algunas referencias que pueden entenderse -aunque también de forma implícita- dirigidas a las mujeres¹⁴⁹. Ruiz Ojinaga apunta en este sentido, y señala la referencia que hace el artículo 6 a los agentes no estatales como agentes de persecución o causantes de daños graves, y la que hace el artículo 9 a los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual, como formas que pueden revestir los actos de persecución¹⁵⁰. Aparte de los puntos que señala la autora, otra referencia la podemos encontrar en el artículo 10.1d) que tiene en cuenta los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, a efectos de determinar la pertenencia del solicitante a un determinado grupo social o a la hora de determinar una característica de dicho grupo para que constituya grupo social. También los artículos 20 y 30 incluyen a las mujeres embarazadas, a las víctimas de la trata de seres humanos y a las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física y sexual, como personas vulnerables cuya situación debe tenerse en cuenta a la hora de aplicarles las medidas de protección internacional. La Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, por su parte, al igual que las anteriores, recoge referencias implícitas a la violencia contra las mujeres. Así, el artículo 24 contempla garantías procedimentales especiales para los solicitantes que hayan sido objeto de torturas, violación, y otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. La parte expositiva del texto alude también al género, orientación sexual o identidad de género, como razones que pueden llevar a los solicitantes a necesitar dichas garantías especiales¹⁵¹. Y, finalmente, la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, recoge referencias más explícitas a las mujeres y a la violencia. El apartado 5 del artículo 11, establece la obligación de los Estados miembros de velar para que las mujeres solicitantes internadas en centros de acogida tengan un alojamiento separado de los hombres; si bien, a tenor del apartado 6, es posible establecer excepciones, en casos debidamente

¹⁴⁹ Directiva 2011/95/UE (DO L 337/9, 20-12-2011) por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Artículos. 6, 9,10, 15,20 y 30. Esta Directiva refunde la anterior Directiva 2004/83/CE.

¹⁵⁰ Vid. OJINAGA RUIZ, *Mujeres, paz y seguridad...*, op. cit., p. 23.

¹⁵¹ Directiva 2013/32/UE, (DO L 180/60, 29-6-2013) sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; párrafos (29) y (31) y artículo 24. Refunde la anterior Directiva 2005/85/CE.

justificados y por un período razonable, que será lo más breve posible, cuando la solicitante esté internada en un puesto fronterizo o en una zona de tránsito. El artículo 21, por su parte, califica a las mujeres embarazadas, víctimas de trata, y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual -entre ellas, las víctimas de la mutilación genital femenina-, como personas vulnerables, cuya situación específica deberá ser tomada en cuenta por parte de los Estados miembros, en el momento de dispensarles tratamiento médico y psicológico, o de otro tipo, que será proporcionado por personas que hayan recibido una formación básica sobre sus necesidades¹⁵².

Sin despreciar los aspectos positivos de las Directivas del sistema de asilo europeo, lo cierto es que se quedan cortas en sus planteamientos en una cuestión que por desgracia sigue estando de actualidad en la UE y que alcanzó su punto álgido en la llamada “crisis de los refugiados”¹⁵³. Así lo ha advertido el Parlamento Europeo en la Resolución de 2016 que trata específicamente la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE, en la que aborda la dimensión de género en la determinación del estatuto de refugiado, las necesidades de las mujeres en los procedimientos de asilo, acogida e internamiento y la inclusión e integración social¹⁵⁴.

¹⁵² Directiva 2013/33/UE, (DO L180/96, 29-6-2013) por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; artículos 11, 21, 25 y 29. Refunde la Directiva 2003/9/CE.

¹⁵³ La muerte del pequeño Aylan Kurdi en 2015, un niño sirio de tres años que apareció a orillas del Mediterráneo escandalizó al mundo y espoleó las conciencias de muchos ciudadanos europeos sobre la situación de miles de sirios -la mayoría niños y mujeres- que, huyendo de la guerra, caen en manos de traficantes a los que confían su patrimonio y su vida con el fin de alcanzar las costas europeas en busca de refugio. La desgracia del pequeño Aylan y de su madre, obligó a los Estados y a la comunidad internacional -en particular a Europa- a focalizar su atención en la situación de millones de personas que huyen de sus hogares a causa de los conflictos armados. Noticia disponible [1 http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-09-03/nino-sirio-muerto-orilla-playa-turquia_998584/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-09-03/nino-sirio-muerto-orilla-playa-turquia_998584/); http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/02/actualidad/1441216415_550941.html (últimas consultas 17/04/2019). A los pocos días de salir a la luz en todos los medios de comunicación la fotografía de Aylan Kurdi, tuvo lugar una reunión informal de los Jefes de Estado de la Unión Europea para tratar la crisis migratoria y de los refugiados. En esta reunión se marcaron unas prioridades inmediatas que giraban en torno al aumento de las aportaciones económicas destinadas a diferentes Fondos y agencias (ACNUR, Programa Mundial de Alimentos, Fondo fiduciario regional de la UE (Fondo Madad), Fondo de Emergencia de Asilo, Migración e Integración, Fondo de Seguridad Interior-Fronteras); al reforzamiento de los controles en las fronteras exteriores; a la ayuda y diálogo con los países más afectados en la gestión de los flujos de refugiados (Turquía, países de los Balcanes Occidentales); y a la asistencia a los Estados miembros de primera línea a la hora de recibir a los refugiados. Al respecto puede consultarse el proyecto de declaración de la reunión informal de los Jefes de Estado o de Gobierno, de 23 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting/> (última consulta 18/04/2019).

¹⁵⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2016, sobre la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE (2015/2325(INI)). El Parlamento ya insistió en las deficiencias del sistema de asilo en la UE en la Resolución de 2015 sobre la migración y los refugiados en Europa. En ella pide a los Estados miembros una transposición rápida y completa y una aplicación eficaz del Sistema Europeo Común de Asilo, y a la Comisión le insta a que se asegure “que todos los Estados miembros

El Parlamento reclama unas nuevas Directrices en materia de género, que contemplen la reforma de las políticas y procedimientos sobre migración y asilo, al objeto de que incluyan la discriminación por razón de género y el reconocimiento de ciertas formas de violencia -entre ellas, la violación, violencia sexual, mutilación genital, matrimonios forzados, violencia doméstica y los denominados crímenes de honor- como motivos válidos para pedir asilo en la UE. Las perspectivas de futuro no son muy halagüeñas en este sentido, si tenemos en cuenta que, como afirman algunos autores y la realidad se encarga de confirmar, la UE parece encaminarse cada vez más a una línea de restricción en materia de asilo y refugio¹⁵⁵.

Además de las normas vinculantes que hemos señalado, la UE dispone de numerosas normas de carácter programático y recomendatorio. En esta línea destacamos, el programa de acción comunitario -programa Daphne-, aprobado mediante Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y centrado principalmente en la violencia sexual en todas sus formas, la violencia doméstica o familiar, la violencia a través de internet, y la violencia ejercida contra los niños. El programa, desarrollado en varias fases, recoge medidas de prevención y protección de las mujeres y niños frente a las distintas formas de violencia¹⁵⁶. La denominada Carta de la Mujer, adoptada mediante Comunicación de la Comisión Europea, contempla la propuesta de un planteamiento global en la UE para luchar contra la violencia y aboga por la actuación en ámbitos que se consideran prioritarios, entre ellos, el respeto a la dignidad e integridad de las mujeres y la erradicación de la violencia de género,

aplican adecuadamente la legislación de la UE a fin de garantizar unas normas comunes eficaces, coherentes y humanas en toda la UE”. El Parlamento recuerda que la migración es un fenómeno mundial complejo que requiere un enfoque a largo plazo y un enfoque integral que aborde sus causas profundas y refuerce la coherencia de la política interior y exterior de la UE. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre la migración y los refugiados en Europa (2015/2833(RSP)); párrafos 11, 13 y 16.

¹⁵⁵ *Vid.* RAMÓN CHORNET, op. cit., p.199. En este contexto de restricción podemos interpretar el acuerdo de cooperación de 2016 entre la UE y Turquía para hacer frente a la crisis migratoria, que ha recibido numerosas críticas del ACNUR y otros organismos de derechos humanos, de organizaciones no gubernamentales, y de la opinión pública en general, por poner en riesgo las garantías de protección legal y humanitaria que ofrece la Convención de Ginebra a los solicitantes de refugio y asilo, al propiciar la posibilidad de efectuar expulsiones colectivas. Véase al respecto: Six Principles for further developing EU-Turkey Cooperation in tackling the Migration Crisis; disponible en: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/timmermans/announcements/six-principles-further-developing-eu-turkey-cooperation-tackling-migration-crisis_en (última consulta 18/04/2019).

¹⁵⁶ Decisión nº 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres [Diario Oficial L 34 de 9.2.2000]. El programa se ha desarrollado en varias fases y complementa otros programas de la UE y las actividades del Instituto Europeo para la Igualdad de Género.

incluidas las costumbres y tradiciones dañinas¹⁵⁷. El Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), resultado de las Conclusiones del Consejo celebrado el 7 de marzo de 2011, reafirma el compromiso de la UE de combatir todas las formas de violencia contra la mujer, haciendo hincapié en medidas de prevención y protección de las víctimas y poniendo de relieve la responsabilidad de los hombres en la erradicación de la violencia contra las mujeres¹⁵⁸. En el ámbito de la paz y seguridad, la UE dispone del Planteamiento global sobre la aplicación de las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad, plan de acción regional que sigue las directrices marcadas por el programa de Naciones Unidas¹⁵⁹. Pese al reconocido compromiso y liderazgo de Europa en esta materia, alguna autora señala que los esfuerzos por aplicar las directrices del programa a las misiones y operaciones sobre el terreno son insuficientes, así como la gestión de crisis humanitarias que suceden en el propio territorio de la Unión¹⁶⁰.

Pero, para nosotros, el impulso más significativo en el tratamiento de la violencia contra las mujeres en el ámbito de la UE ha venido de la mano del Parlamento Europeo, que en algunas de sus Resoluciones aboga por la adopción de instrumentos jurídicos vinculantes que aborden de manera integral el problema de la violencia contra la mujer en la UE. Pese a que las Resoluciones del Parlamento no son normas obligatorias para los Estados, tienen un valor que no puede despreciarse dada la autoridad de la que emanan y el peso que ha adquirido el Parlamento tras el Tratado de Lisboa como órgano representativo de la ciudadanía europea. Entre las diversas Resoluciones aprobadas por el Parlamento las que, a nuestro juicio, tienen mayor relevancia son la Resolución de 2011 que establece el marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres, y la Resolución de 2014 sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres¹⁶¹. Ambas ponen de manifiesto las deficiencias

¹⁵⁷ Vid. Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada “Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres - Una Carta de la Mujer: Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, COM (2010) 78.

¹⁵⁸ Vid. C155/10, DOCE de 25-05-2011 Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), párrafo 3 y ss.

¹⁵⁹ Vid. “Comprehensive approach to the EU implementation of the United Nations Security Council Resolutions 1325 and 1820 on Women”, Planteamiento global de la UE sobre la aplicación de las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad sobre la mujer, la paz y la seguridad, 15671/08, Bruselas, 1 de diciembre de 2008, párrafos 15 y 28.

¹⁶⁰ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *La influencia del Programa...* op. cit., p. 129.

¹⁶¹ Vid. Resolución de 5 de abril de 2011 sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (DOC 296 E de 2-10-2012); Resolución de 25 de

del sistema de protección de los derechos de las mujeres en la UE al no existir una norma vinculante que regule la violencia contra las mujeres, al tiempo que suponen un acicate para cambiar esta situación.

El fundamento jurídico de las Resoluciones se encuentra, entre otras normas, en el Convenio de Estambul del Consejo de Europa y en los tratados constitutivos de la UE y la CDFUE¹⁶². La alusión a los tratados constitutivos da a entender, en nuestra opinión, que la violencia contra la mujer es una cuestión que de forma implícita se encuentra incluida en estos tratados, lo que nos llevaría a considerar que existe base jurídica para que la UE adopte normas vinculantes que regulen ciertos aspectos de este problema. El *quid* de la cuestión sigue estando en el tema de las competencias de la UE en materia de derechos humanos que, como sabemos, no aparecen incluidas en los Tratados constitutivos.

De su contenido regulatorio queremos señalar algunos aspectos. El primero de ellos en relación con los conceptos. El nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres, aunque afirma que no existe una definición reconocida internacionalmente del término “violencia contra la mujer” –afirmación que nos resulta un tanto extraña y sorprendente-, la define como un acto de violencia de género que tiene como resultado un daño para la mujer. Y, en párrafos sucesivos, habla de violencia de género como la infligida “preponderantemente” por hombres contra mujeres y niñas que refleja y refuerza las desigualdades entre hombres y mujeres¹⁶³. Por otro lado, la Resolución de 2014 específica sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las

febrero de 2014 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI)).

¹⁶² Las Resoluciones también se fundamentan en la labor anterior llevada a cabo por el propio Parlamento sobre la materia. *Vid.* Resolución de 16 de septiembre de 1997, sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (DO C 304, de 6-10-1997); Resolución de 20 de septiembre de 2001 sobre mutilación genital femenina (DO C 77 E de 28-3-2002); Resolución sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220 (INI)); Resolución de 24 de marzo de 2009 sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (DO C 117 E de 6-5-2010); Resolución 14 de junio de 2012 sobre la erradicación de la mutilación genital femenina (DO C 332 E de 15-11 2013); Resolución de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DO C 285 EE de 21-10-2010); Resolución de 11 de octubre de 2007 sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la UE en la lucha contra este fenómeno (DO C 227 E de 4-9-2008); Declaración de 22 de abril de 2009 sobre la campaña “DI NO a la violencia contra las mujeres” (DOC 184 E de 8-7-2010).

También el Parlamento ha tenido en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad -casi el 80% de estas mujeres son víctimas de actos de violencia psicológica y física- y de la necesidad de protección especial. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la situación de las mujeres con discapacidad en la Unión Europea, 2006/2277(INI), Preámbulo, aptdo. D y párrafos 2, 5 y 6.

¹⁶³ *Vid.* Resolución de 5 de abril de 2011 sobre el nuevo marco político de la UE, cit. supra, párrafos B, C y H.

mujeres, adopta la definición de “violencia por motivos de género” recogida en la Directiva 2012/29/UE sobre la protección de las víctimas de los delitos, que, como hemos dicho en líneas anteriores, configura este tipo de violencia de forma neutra en cuanto al género, pudiendo afectar tanto a hombres como a mujeres, o bien a personas de un sexo de modo desproporcionado¹⁶⁴. En nuestra opinión, las Resoluciones parecen dejar claro que la violencia de género guarda estrecha relación con la desigualdad entre mujeres y hombres, pero, su definición no se ajusta totalmente a los estándares jurídicos universales que consideran este tipo de violencia como una violencia específica que se dirige contra la mujer por el hecho de ser mujer. La concepción neutra en cuanto al género del concepto de violencia contra la mujer, como hemos repetido a lo largo de nuestro trabajo, puede dar lugar a confusión y se aparta de los estándares internacionales universalmente aceptados sobre el concepto de violencia contra la mujer.

El segundo aspecto que queremos señalar de las Resoluciones es la confirmación del carácter estructural y la extensión de la violencia de género en toda Europa y en el mundo. Ambas Resoluciones informan que entre una quinta y una cuarta parte de la población femenina europea ha sufrido actos de violencia física al menos una vez durante su vida adulta, y que más de una décima parte ha sufrido violencia sexual¹⁶⁵.

El tercer aspecto tiene que ver con las formas de violencia. La Resolución sobre el nuevo marco político incluye las formas más comunes en las que se manifiesta la violencia contra las mujeres -el abuso sexual, la violación, la agresión sexual, el acoso y la violencia contra las mujeres en el entorno laboral- y llama a los Estados a tipificarlas como delitos, en particular, la violación y violencia sexual dentro del matrimonio y en las relaciones íntimas no oficializadas. La Resolución sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, por su parte, incorpora a estas formas clásicas otras más recientes surgidas por el uso de las redes sociales en línea, como, por ejemplo, las prácticas de acoso sexual dirigidas a adolescentes¹⁶⁶.

El cuarto aspecto que queremos apuntar está relacionado con la protección de las mujeres contra la violencia. Ambas Resoluciones reconocen que las mujeres no gozan de la misma protección contra la violencia masculina en toda la UE debido a las

¹⁶⁴ Vid. Resolución de 25 de febrero de 2014 sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, cit. supra, párrafos A, B, C, D e I.

¹⁶⁵ Vid. Resolución de 5 de abril de 2011 sobre el nuevo marco político de la UE, cit. supra, párrafo D y Resolución sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres... cit. supra, párrafo Q.

¹⁶⁶ Vid. Resolución de 5 de abril de 2011 sobre el nuevo marco político de la UE, cit. supra, párrafo J, artículos 3 y 17; y Resolución sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, cit. supra, párrafos G y P.

diferentes políticas y legislación de los Estados miembros, lo que las hace más vulnerables. Al mismo tiempo, reconocen que el marco jurídico establecido por el Tratado de Lisboa ofrece nuevas oportunidades para una mayor cooperación en el ámbito judicial penal, facilitando con ello la creación de una cultura jurídica común de la Unión en materia de lucha contra todos los tipos de violencia y discriminación contra las mujeres¹⁶⁷. A propósito de las diferencias entre los marcos legislativos y políticas de igualdad nacionales, Bustelo y Lombardo, en un estudio comparativo sobre los “marcos interpretativos” de las políticas de igualdad en la UE y en seis países miembros, en relación con la conciliación, la violencia y la desigualdad de género, desvelan la existencia de similitudes y diferencias, así como, numerosas inconsistencias en la formulación de estos problemas y su solución. Respecto a la violencia doméstica, el estudio evidencia que hay un desequilibrio entre el diagnóstico y el pronóstico del problema, ya que no se exploran en profundidad sus causas ni se cuestionan las relaciones de poder que subyacen en él, y se pone el énfasis en las soluciones que se ofrecen para hacerle frente. Los textos, además, no recogen una definición clara de lo que se entiende por violencia doméstica¹⁶⁸.

El quinto y último aspecto tiene que ver con el llamamiento a la adopción de nuevos instrumentos jurídicos vinculantes en el marco de la UE para la lucha contra la violencia contra las mujeres¹⁶⁹. Así, se propone un nuevo enfoque político integral contra la violencia de género, que incluya, entre otras cosas, un instrumento penal en forma de Directiva, y una propuesta de Reglamento que establezca medidas para promover y apoyar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la prevención, así como, una propuesta revisada de Reglamento relativo a los datos estadísticos europeos

¹⁶⁷ Vid. Resolución de 5 de abril de 2011 sobre el nuevo marco político de la UE, cit. supra, párrafos N y O y Resolución sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, cit. ut supra, párrafos U y Z.

¹⁶⁸ Entrecomillado de las autoras. Vid. BUSTELO, M., LOMBARDO E.: “Los ‘marcos interpretativos’ de las políticas de igualdad en Europa: conciliación, violencia y desigualdad de género en política”, en *Revista Española de Ciencia Política*, número 14, abril 2006, pp. 117-140, p. 133. El estudio analiza las políticas de igualdad en la Unión Europea y en España, Grecia, Austria, Holanda, Hungría y Eslovenia. Para las autoras, la existencia de ‘marcos interpretativos’ (*policy frames*) diferentes en relación con el problema de la desigualdad de género influye en la formulación de las políticas de igualdad en Europa. Respecto a la violencia doméstica, el estudio identifica tres grandes marcos: el primero es el de la igualdad de género, entiende que la violencia es un problema relacionado con la desigualdad de género, con las desiguales relaciones de poder entre mujeres y hombres; el segundo, entiende la violencia como un problema que afecta principalmente a las mujeres, pero no está necesariamente relacionado con el género, todo el mundo puede ser víctima y maltratador; y el tercero, la violencia no tiene género, la víctima y el maltratador no tienen sexo ni género. p. 128.

¹⁶⁹ Vid. Resolución de 5 de abril de 2011 sobre el nuevo marco político de la UE, cit. supra artículos 2, 3, 7, 11, 17 y 29 y Resolución sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, cit. supra, artículo 1 y ss. Véase también: Resolución del Parlamento Europeo (2015/2325(INI)), cit. supra, párrafos 5, 11, 13, 26 y ss.

sobre los delitos con violencia¹⁷⁰. De especial significación es la petición de que la UE como organización regional sea parte de la Convención CEDAW y ponga en marcha el proceso de adhesión al Convenio de Estambul. Este último llamamiento se ha hecho efectivo mediante la firma oficial del Convenio el pasado 13 de junio de 2017, en virtud de dos Decisiones del Consejo, primer paso para la adhesión al texto que requerirá, en su fase final, la aprobación del Parlamento¹⁷¹. Aunque la firma del Convenio de Estambul es una buena noticia que puede reforzar y dar coherencia al marco jurídico existente en Europa para combatir la violencia contra las mujeres, hay que tener en cuenta dos datos. El primero, que la firma del Convenio, tal y como indica el párrafo 6 de las citadas Decisiones, se ha limitado a dos materias comunes que son competencia de la Unión: el asilo y la no devolución, y la cooperación judicial en materia penal, dejando a salvo la competencia de los Estados miembros en la medida en que el Convenio no afecte a normas comunes. El segundo, que habrá que esperar a la fase final del proceso -la ratificación del Convenio- para comprobar si se superan todos los escollos derivados del silencio de los tratados constitutivos en materia de derechos humanos, así como las voces disidentes de algunos Estados miembros que ya han mostrado su oposición al Convenio de Estambul¹⁷². A nuestro juicio es posible que la adhesión al Convenio de Estambul sea más factible porque, a diferencia del CEDH, no incorpora como mecanismo de control de su cumplimiento el sometimiento judicial al TEDH ni a ninguna otra instancia. Aún así, llegado el caso, se podrían plantear discrepancias en torno al órgano judicial -TJUE o TEDH- al que correspondería la

¹⁷⁰ El Parlamento pide a la Comisión que considere la posibilidad de establecer un Observatorio Europeo de violencia contra las mujeres, y al Consejo que aplique la denominada “cláusula pasarela”, aprobando una decisión unánime que incluya la violencia contra las mujeres y las niñas como uno de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza recogidos en el artículo 83.1 del TFUE.

¹⁷¹ Vid. Decisión (UE) 2017/866 del Consejo de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución. (DOCE L131/13, 20-05-2017). Decisión (UE) 2017/865 del Consejo de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal (DOCE L131/11, 20-05-2017). Conforme al párrafo 6 de ambas Decisiones, el Convenio se firma en nombre de la Unión en lo que respecta a asuntos que son de competencia de la Unión, en la medida en que aquel pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de estas. Los Estados miembros conservan su competencia en la medida en que el Convenio no afecte a normas comunes o altere el alcance de estas.

¹⁷² Bulgaria ha retirado la ley de ratificación del Convenio porque pone en duda su compatibilidad con la Constitución del país. En Croacia se manifestaron movimientos sociales en contra de la ratificación del Convenio, aunque finalmente este país ratificó el Convenio el 12/06/2018. Véase: https://www.eldiario.es/politica/Bulgaria-ratificacion-convenio-violencia-machista_0_747525670.html; <http://www.citizengo.org/hazteoir/fm/159550-stop-ratificacion-del-convenio-estambul-ciudadanos-croacia-solicitan-tu-ayuda> (últimas consultas 18/04/2019).

interpretación del tratado en el momento en que éste entre a formar parte del Derecho de la Unión.

Para finalizar este apartado es preciso hacer una breve referencia a los instrumentos jurídicos del ámbito de la acción exterior de la UE¹⁷³ que inciden de manera más decisiva en la protección de la integridad de las mujeres, estos son las Directrices de 2008 sobre la violencia contra las mujeres¹⁷⁴. Las Directrices representan una sólida expresión política de las prioridades de la UE y sirven para establecer objetivos operativos en el marco de la acción exterior de la Unión con la finalidad de combatir la violencia contra las mujeres. La prevención, la protección, el apoyo a las víctimas y el procesamiento de los responsables son las metas fijadas en las Directrices que establecen unos objetivos operativos y los instrumentos para alcanzarlos¹⁷⁵.

¹⁷³ La política de ampliación de la UE ha sido quizás el instrumento más poderoso para promover y proyectar los derechos humanos en Europa. La adhesión a la UE requiere la aceptación del Derecho europeo (el acervo) y el cumplimiento de los criterios de Copenhague, el primero de los cuales va referido al respeto de los derechos humanos, tal y como establecen los Tratados constitutivos. Pese a la exigencia explícita y clara de este requisito, la doctrina, no obstante, ha cuestionado la forma de medir el cumplimiento de dichas exigencias, poniendo de manifiesto las fallas del sistema en el caso, por ejemplo, de algunos Estados miembros que ingresaron en 2004 y 2007. Mangas Martín cita a Rumanía, Bulgaria, Polonia, o la República Checa, como ejemplos de países a los que no se les demandó el mismo esfuerzo en materia de derechos humanos, democracia y estado de derecho. MANGAS MARTÍN, A.: *“La contribución de la Unión Europea al respeto de los derechos humanos, op. cit., p. 22.*

Los derechos humanos también forman parte de la Política Europea de Vecindad que se ocupa de las relaciones de la UE con los 16 países vecinos. Mediante esta política se vincula el desarrollo de relaciones al compromiso con valores comunes como la democracia y los derechos humanos.

¹⁷⁴ Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres, Consejo de Asuntos Generales de 8 de diciembre de 2008 [No publicado en el Diario Oficial]. Disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Adh0003> (última consulta 05/05/2018).

¹⁷⁵ Algunos ejemplos que mencionamos a continuación permiten observar la posición de la UE en línea con las Directrices. En junio de 2014, la UE emitió una Declaración sobre la violencia ejercida contra las mujeres en Pakistán, a raíz del fallecimiento de Farzana Parveen, asesinada por su familia a las puertas de la Audiencia de Lahore, en un acto calificado de crimen de honor. La UE condenó los crímenes de honor e instó al gobierno de Pakistán a emprender acciones más enérgicas para garantizar la protección de los derechos de las mujeres, su integridad física y la persecución judicial de los responsables de estos actos de violencia. También ha habido un pronunciamiento sobre el movimiento insurgente Boko Haram. En este caso, la Alta Representante de Asuntos Exteriores de la UE emitió en enero de 2015 una Declaración pública condenando el ataque cometido por Boko Haram en la localidad fronteriza de Baga que causó la muerte de cientos de personas y el desplazamiento de miles de ellas. Subraya la violencia de estos ataques, en particular contra las mujeres y los niños, y condena firmemente estas matanzas que representan un atentado contra los derechos humanos y la dignidad de las personas. Sobre la República Democrática del Congo y las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda, el Consejo de la UE adoptó unas Conclusiones el 19 de enero de 2015. En ellas la UE confirma su compromiso con la plena aplicación del Acuerdo Marco de Paz, Seguridad y Cooperación para la República Democrática del Congo cuyos progresos han resultado insuficientes. La UE resalta las graves violaciones de los derechos humanos en la RDC, en particular la violencia de género y el reclutamiento y utilización de niños soldados, reitera su apoyo a los que participan en la lucha contra la violencia sexual y sus consecuencias, declara que no puede haber impunidad para los responsables de abusos y violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y hace un llamamiento a la RDC para que garantice que los autores de esos crímenes sean llevados ante la justicia.

Complementan las acciones en este ámbito, el Plan de Acción aprobado por el Consejo conforme al Marco Estratégico sobre Derechos Humanos y Democracia que representa el primer documento estratégico unificado e integrado para la promoción de los derechos humanos en todo el mundo, al que, sin embargo, los autores achacan su falta de perspectiva de género¹⁷⁶. El Plan de Acción contempla acciones e iniciativas para hacer frente a prácticas lesivas de los derechos de la mujer, en concreto, contemplan acciones contra la mutilación genital femenina, los matrimonios infantiles y forzados y la violencia sexual en los conflictos armados.

Queda claro, en nuestra opinión, la voluntad de las instituciones europeas, particularmente del Parlamento, de dar prioridad política a los derechos de las mujeres y a la protección de su integridad. Merece la pena traer a colación las palabras que dirigió al pleno del Parlamento la presidenta de la Comisión parlamentaria de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, quien, tras recordar que siete mujeres son asesinadas cada día en Europa víctimas de la violencia de género, reprochó que se alcanzasen acuerdos para rescatar a los bancos y no para salvar las vidas de las mujeres, pidiendo la redacción de una Directiva sobre violencia de género y la adopción de una “política integrada transversal y de amplio alcance” para hacer frente a este problema¹⁷⁷. Podemos afirmar, pues, que el escaso avance en la protección de los derechos humanos en la UE se hace notar de forma particular en relación con la protección de la integridad

¹⁷⁶ Marco Estratégico de Derechos Humanos y Democracia, 25 junio 2012, ST 11855/12. Disponible en: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/st_11855_2012_init_es.pdf (última consulta 18/04/2019). En la actualidad está vigente el Plan de Acción (2015-2019) "Keeping human rights at the heart of the EU agenda", aprobado por el Consejo el 20 julio de 2015. Véase, Objetivo II "Addressing key human rights challenges", núm. 13 "Promoting gender equality, empowerment and participation of women and girls. Disponible en: http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/joint-communication-ap-human-rights-and-democracy_en.pdf (última consulta 18/04/2019). Sobre las limitaciones del Marco Estratégico, véase: CHURRUCA C., NAGORE, M.: "The EU's Framework for the Promotion of Human Rights 1, and Democracy Support" en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 53/2015, Bilbao, págs. 19-51. Por otro lado, los informes sobre "Derechos humanos y democracia en el mundo", señalan algunos hitos importantes que han tenido lugar en este campo tras la aprobación del Marco Estratégico: la adopción del Plan Europeo de Política de Vecindad con acciones en apoyo de los derechos de las mujeres protagonistas de la Primavera Árabe; la campaña sobre "Tolerancia Cero para la Mutilación Genital Femenina" con acciones encaminadas a la eliminación de esta práctica; el apoyo a la Iniciativa de los G8 para la Prevención de la Violencia Sexual; el Memorando de Entendimiento (MoU) entre la UE y la entidad ONU Mujeres con el objetivo de lograr el cumplimiento de los compromisos internacionales; y las acciones en defensa de la aplicación amplia de la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, tanto en lo relativo a la prevención de la violencia contra las mujeres en las situaciones de crisis, como a la promoción de la participación de éstas en los procesos de consolidación de la paz. Vid. Informes EU Annual Reports on Human Rights and Democratisation, disponibles en: <https://eeas.europa.eu/> (última consulta 18/04/2019).

¹⁷⁷ Noticia de 27/11/2014 disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20141124STO80017> (última consulta 18/04/2019).

física y moral de las mujeres frente a la violencia basada en su género. La UE carece de un instrumento jurídico vinculante que regule la violencia contra las mujeres de manera global e integral. Aunque dispone de numerosos instrumentos que inciden en algunos aspectos de este problema, la mayoría de ellos no son de carácter vinculante, regulan la materia de forma fragmentada, dentro de estrategias y programas sobre la igualdad de género, y de manera confusa en cuanto a cuestiones de concepto que le alejan en muchos casos de los estándares jurídicos universales reconocidos en esta materia y que configuran la violencia contra la mujer como un tipo de violencia específica dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. En definitiva, en nuestra opinión, la falta de un auténtico sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito de la UE lleva consigo una deficiente y casi inexistente protección de la integridad física y moral de las mujeres en este ámbito.

CAPÍTULO VII. - LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)

1.- LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La OEA -la organización internacional más antigua del mundo¹- es uno de los pocos sistemas regionales de protección de derechos humanos que dispone de un tratado específico que regula la violencia contra la mujer: la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, aprobada en 1994. Esta Convención se enmarca en un sistema de protección de derechos humanos que disponía desde muy temprano de textos e instituciones relevantes en la materia. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona -anterior a la DUDH- ya incluía en su articulado el derecho de protección y cuidados especiales de la maternidad². La protección que se brinda a la mujer está basada exclusivamente en su condición de madre, en línea con los textos de la época. En opinión de Cançado Trindade, la Declaración mantiene su vigencia actual y por eso es invocada tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³. Castillo Daudí sostiene que, aún habiéndose adoptado como instrumento jurídico no vinculante, la Declaración ha devenido en un texto que constituye la

¹ La OEA fue el resultado de la evolución del fenómeno político denominado panamericanismo, cuya institucionalización comenzó en la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., en octubre de 1890, en la que se acordó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “sistema interamericano”. La OEA se constituyó a través de Carta de la Organización de Estados Americanos, Serie sobre Tratados, OEA N° 1-C y 61 Serie sobre Tratados de Naciones Unidas, N° 1609, Vol. 119, suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana y con entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951. Artículo 3.1).1. La Carta ha sido reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967; el Protocolo de Cartagena de Indias de 5 de diciembre de 1985; el Protocolo de Washington de 1992; y el Protocolo de Managua de 1993. En la actualidad, la OEA está compuesta por 35 Estados y representa el principal foro gubernamental político, jurídico y social, en el ámbito americano. Vid. DÍEZ DE VELASCO, M: *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 1997.

² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2 de mayo de 1948, artículo 7. Título modificado por “Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona”, mediante Resolución de la Asamblea General aprobada en la tercera sesión plenaria celebrada el 2 de junio de 1998 (AG/RES.1591 (XXVIII-O/98), en virtud de la cual se propone el cambio del nombre de la Declaración, así como reemplazar en el texto, cuando corresponda, la palabra “hombre” por “persona” o la expresión que se acuerde. La Declaración es un texto de derechos y deberes, dividido en dos capítulos donde se recogen la relación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, atribuidos a toda persona, y su correlativo de deberes. Estos derechos se reconocen a todas las personas en igualdad, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni ninguna otra circunstancia. El hecho de que el texto de la Declaración contenga de manera conjunta los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, ha sido destacado por algún autor como una característica singular del texto y un reconocimiento temprano de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Vid. CASTILLO DAUDÍ, op. cit., p. 212.

³ CANÇADO TRINDADE, A.A.: “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Felipe GÓMEZ ISA, F. (director), PUREZA, J.M., Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 549-592, p. 551.

interpretación auténtica de los derechos humanos en el sistema interamericano y, como tal, fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA⁴.

Pero, incluso con anterioridad a este texto, el sistema interamericano ya contaba con uno de los organismos más antiguos y relevantes de la OEA: la Comisión Interamericana de Mujeres (en adelante CIM) constituida en 1928 como órgano especializado en materia de igualdad de género y violencia contra las mujeres⁵. Conforme a su Estatuto, la finalidad de la Comisión es la promoción y protección de los derechos de la mujer, incluyendo funciones como órgano consultivo de la OEA en todos los asuntos relacionados con la mujer⁶. La CIM ha propiciado la elaboración y promoción de un marco jurídico para garantizar los derechos de las mujeres, que se inició con la adopción de la Convención sobre la Nacionalidad de las Mujeres en 1933, texto muy anterior al adoptado en 1957 en el seno de las Naciones Unidas sobre el mismo tema, que prohíbe cualquier distinción basada en sexo en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica⁷. Más tarde, en 1948, se adoptaron otras dos Convenciones también pioneras en Derecho Internacional: la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer y la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos, que reconocen a la mujer los mismos derechos civiles de los que ya gozaba el hombre, así como el derecho de voto y de ser elegida para un cargo nacional⁸. En ambas Convenciones observamos que los derechos civiles y políticos son “concedidos” -no reconocidos- a la mujer, lo cual es reflejo del pensamiento imperante en la primera mitad del siglo XX y del momento

⁴ Vid. CASTILLO DAUDÍ, op. cit., p. 221.

⁵ Un estudio de los antecedentes y logros de la CIM en MEJÍA GUERRERO, L.P.: “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Revista IIDH*, Vol. 56, 2012, pp. 189-213. En la actualidad la CIM está constituida por una delegada por cada Estado miembro de la OEA, y se ha convertido en el principal foro de debate y de formulación de políticas sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género en América. Estas representantes se reúnen cada dos años en Asamblea, que es la máxima autoridad de la CIM y responsable para aprobar sus planes y programas de trabajo.

⁶ Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres, aprobado en el XXIX Asamblea de Delegadas de la CIM, mediante CIM/RES.201 (XXIX-O/00), 18 noviembre de 1998. Vid. artículo 2.

⁷ A-33 Convención sobre nacionalidad de la mujer, adoptada en Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo (Uruguay), 26/12/1933, Serie de Tratados OEA núm. 4, Número de Estados Partes: 17. Artículo 1.

⁸ A-45 Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer, adoptada en Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá (Colombia), 5/2/1948, Serie de Tratados OEA núm. 23, Número de Estados Partes: 21. A-44 Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer, adoptada en Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá (Colombia), 5/2/1948, Serie de Tratados OEA núm. 3, Número de Estados Partes: 24. Ambas Convenciones son pioneras en Derecho Internacional porque la Convención sobre los derechos políticos de la mujer es anterior a la adoptada en 1952 en el seno de Naciones Unidas sobre la misma materia, y la de derechos civiles es anterior a la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios de 1964.

histórico en el que nos encontramos con respecto al desarrollo de los derechos humanos. No es de extrañar, por ello, que el Preámbulo de ambos textos diga textualmente que “la mujer de América, mucho antes de reclamar sus derechos, ha sabido cumplir noblemente todas sus responsabilidades como compañera del hombre”. También la CIM tuvo un papel relevante en el proceso preparatorio de la Convención de Belém do Pará⁹.

El texto de derechos humanos de carácter general que establece las instituciones de protección de los derechos en el sistema interamericano es la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada Pacto de San José. Este tratado -inspirado en el tratado homólogo del Consejo de Europa- recoge los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que se reconocen a todas las personas¹⁰. Aunque la Convención no adopta un enfoque de género ni contempla de manera específica la protección de la integridad de las mujeres, recoge, a nuestro juicio, una novedad interesante, como es, el reconocimiento, junto con los derechos habituales de este tipo de tratados -derecho a la vida, personalidad jurídica, etc.-, del derecho a la integridad personal en sus tres vertientes -física, psíquica y moral-. Es la primera vez que se reconoce este derecho de manera autónoma y explícita en un tratado¹¹. Además del

⁹ El proceso preparatorio de la Convención se inició durante la Vigésimo Quinta Asamblea de Delegadas de la CIM, celebrada en octubre de 1990, cuyas decisiones fueron respaldadas por la Asamblea General de la OEA mediante la aprobación de la Resolución denominada "Protección de la Mujer contra la Violencia" en la que apoyaba la elaboración de un anteproyecto de Convención Interamericana para la erradicación de la violencia contra la mujer. *Vid.* Resolución Asamblea General OEA, AG/Res.1128(XXI-0/91 "Protección de la Mujer contra la Violencia", aprobada en su vigésimo primer período ordinario de sesiones.

¹⁰ B-32, Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José (Costa Rica), el 22/11/1969, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, Registro ONU 08/27/79 No. 17955 Vol. Número de Estados Partes: 23. Canadá y Estados Unidos no han ratificado el tratado. En opinión de Fernández de Casadevante, la Convención Americana es el texto regional más importante en materia de derechos humanos después del Convenio europeo de 1950. Sin embargo, y a pesar de haberse inspirado en él, la Convención Americana difiere en algunos puntos de éste. Así, con respecto a los derechos protegidos, el texto americano es más amplio y reconoce derechos que no están presentes en el Convenio europeo, tales como, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la reparación por denegación de justicia, el derecho de rectificación, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, y el derecho de asilo. *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: "El sistema americano: la Convención Americana de 22 de noviembre de 1966", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coordinador), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp. 183-189, p. 183.

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. supra, artículos 3 a 26. Los artículos 3 a 25 recogen los derechos civiles y políticos que el tratado reconoce y el artículo 26 recoge el compromiso de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales sin enumerarlos. La Convención reconoce en total 22 derechos civiles y políticos: el derecho a la vida; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la integridad personal, física, psíquica y moral; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, incluyendo la trata de esclavos y la trata de mujeres en todas sus formas; la protección de la honra y la dignidad, que prohíbe injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de las personas, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, así como los ataques ilegales a su honra o reputación; el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, y la igualdad de derechos de los cónyuges durante el matrimonio y en caso de disolución de éste; el

respeto a la vida y a la integridad personal, así como del resto de los derechos reconocidos en el texto, sin discriminación por motivos de sexo, los Estados están obligados a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y a adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos¹².

Las funciones de control de la Convención de Derechos Humanos se atribuyen a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y al órgano judicial del sistema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Las técnicas de control de su cumplimiento se limitan a las tres clásicas: informes estatales, denuncias interestatales y denuncias individuales¹³.

Por lo que respecta a la CIDH, que en la actualidad es órgano principal de la OEA, ésta se constituyó en 1959 como entidad autónoma de la organización con el fin de promover el respeto de los derechos humanos. Este mandato inicial se amplió posteriormente a otras funciones - formulación de recomendaciones, elaboración de informes, visitas *in loco* a los Estados, preparación de estudios y seminarios, etc.-, aunque, sin duda, la más importante para nosotros es la de control y supervisión de los derechos humanos, que se concreta en la posibilidad de recibir y examinar reclamaciones individuales sobre posibles violaciones de los derechos proclamados en los textos de derechos humanos del sistema, incluida la Declaración Americana de Derechos y Deberes¹⁴. De manera particular para la defensa de los derechos de las

principio de igualdad ante la ley; el derecho a la libertad personal; el derecho a las garantías judiciales; el principio de legalidad y retroactividad; el derecho a indemnización; la libertad de conciencia y religión; la libertad de pensamiento y de expresión; el derecho de rectificación; el derecho de reunión; la protección de la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la propiedad privada; el derecho de circulación o residencia; los derechos políticos; la igualdad ante la ley y la protección judicial.

¹² *Ibidem*, artículos 1 y 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado el alcance de ambas disposiciones en sendas Opiniones Consultivas. *Vid.* Opinión Consultiva OC-11/90, 10 agosto de 1990, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), párrafos 23 y 34; y Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 37.

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. supra, artículo 43.

¹⁴ Con la aprobación del Protocolo de Buenos Aires de 1967, que enmendó la Carta de la OEA, se fortaleció el *status* jurídico de la Comisión y se extendió su mandato, no sólo a la promoción de los derechos humanos, sino también al control y supervisión de estos. *Vid.* Protocolo de reforma a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (B-31) "Protocolo de Buenos Aires" de 1967, Serie sobre Tratados, OEA, No. 1-A, Registro ONU: 03/12/70 no. vol. 1609. Artículo 51.

Sobre las funciones de la CIDH, véase: Resolución III, Declaración en la Quinta Reunión de Consulta, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5. El Estatuto original de la Comisión puede localizarse en Doc. OEA/Ser.L/V/II, 26 de septiembre de 1960. La modificación de su Estatuto tuvo lugar en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965. *Vid.* Acta final de la Segunda Conferencia, Documentos Oficiales OEA/Ser.C/I.13, 1965, pp. 33 y 35. A pesar de las amplias facultades, en su origen la Comisión tenía una condición jurídica imprecisa, en cuanto que no debía su existencia a instrumentos jurídicos obligatorios,

mujeres, en 1994 se instituyó, en el seno de la Comisión, la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres, con funciones de asistencia a la Comisión en esta materia. Una de las funciones más relevantes que desempeña es el impulso de los mecanismos de control del sistema de protección de derechos mediante la presentación de denuncias individuales. Esta figura tiene cierto paralelismo con la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias de Naciones Unidas, aunque las funciones de ésta última están limitadas al campo de las recomendaciones a los Estados¹⁵. Con la Convención americana de Derechos Humanos, por tanto, la CIDH mantiene un doble carácter y una dualidad de funciones: por un lado, conserva su *status* y funciones como órgano consultivo de la OEA en relación con los Estados miembros de la organización, sean o no Partes en la Convención; y, por otro lado, se convierte en un órgano de control de la Convención con funciones propias de este tipo de órganos¹⁶.

En el ejercicio de su función de control, la CIDH examina, tramita y resuelve las denuncias presentadas por particulares por violación de los derechos del tratado y examina las comunicaciones interestatales cuando un Estado alegue que otro Estado ha incurrido en dichas violaciones, siempre que, en este último caso, el Estado en cuestión haya declarado que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar este tipo de comunicaciones. No ocurre lo mismo para el examen de las reclamaciones

lo que provocaba que el conjunto del sistema careciese de solidez jurídica y de autoridad política. *Vid.* CASTILLO DAUDÍ, op. cit., p. 214.

¹⁵La Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres es una de las ocho Relatorías temáticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/> (última consulta 18/04/2019).

¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. supra, artículos 33, 35 y 41. Gracias a esta doble condición, la CIDH puede recibir y examinar peticiones o comunicaciones individuales por posibles violaciones de derechos humanos por parte de un Estado miembro de la OEA, aunque éste no haya ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos -tal es el caso de Estados Unidos de América o Canadá-, aunque esa infracción únicamente puede estar fundamentada y circunscrita a los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos y Deberes de 1948. El doble carácter orgánico de la CIDH se ve reflejado en el Estatuto de la Comisión aprobado en 1979, y en su Reglamento. El artículo 1 del Estatuto hace referencia a las funciones de la Comisión como órgano consultivo de la OEA creado para promover los derechos humanos, entendiendo por éstos: los derechos definidos en la Convención Americana en relación con los Estados Partes en la misma, y los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros de la OEA. Las atribuciones más importantes de la Comisión respecto a los Estados que no son Partes en la Convención Americana son: la relativa al examen de las comunicaciones o denuncias individuales por la violación de alguno de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la elaboración de informes sobre la situación de los derechos humanos en un Estado determinado. *Vid.* Estatuto de la CIDH, aprobado mediante la Resolución nº 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, artículos 1 y 20; y Reglamento de la CIDH aprobado por la Comisión el 13 de noviembre de 2009 y modificado el 2 de septiembre de 2011.

Como señala Cançado Trindade existe una interacción de instrumentos de derechos humanos de bases jurídicas distintas en el sistema interamericano, que en ocasiones produce solapamientos y es difícil precisar dónde termina la aplicación de uno y dónde empieza la del otro. *Vid.* CANÇADO TRINDADE, *El sistema interamericano...* op. cit., p. 557.

individuales que no es necesario que el Estado frente al que se dirige la denuncia haya aceptado la competencia de la Comisión, lo cual constituye una particularidad del sistema americano¹⁷. El procedimiento y tramitación de las denuncias individuales es similar al establecido para otros órganos análogos, salvo la posibilidad que tiene la Comisión de remitir el asunto al órgano judicial del sistema, la Corte IDH, en aquellos casos en los que no se produzca la solución amistosa de la controversia y siempre que el Estado afectado haya aceptado la jurisdicción del órgano judicial para estos supuestos. De tal manera que, como apunta Fernández Casadevante, cuando no se acepta la jurisdicción de la Corte, en el mejor de los casos a lo que se puede llegar es a la publicación del informe elaborado por la Comisión en el caso concreto¹⁸.

El otro órgano al que la Convención americana de Derechos Humanos atribuye funciones de control es la Corte IDH¹⁹, cuya competencia se extiende al conocimiento de cualquier asunto relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado y sus Protocolos, y con esa finalidad ejerce funciones jurisdiccionales y funciones consultivas. En el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte únicamente puede admitir los asuntos que les dirijan la CIDH y los Estados Partes de la Convención de Derechos Humanos, siempre que estos hayan reconocido y aceptado la competencia del tribunal para conocer el asunto. Los particulares, pues, no están legitimados para presentar asuntos ante la Corte. En este punto el sistema interamericano difiere de manera significativa del concebido en el seno del Consejo de Europa en el que la jurisdicción del TEDH es obligatoria para los Estados Partes del CEDH y los particulares pueden presentar directamente sus demandas ante el órgano jurisdiccional. La competencia consultiva de la Corte, por otro lado, está concebida en términos muy amplios, tanto en la legitimación para acudir al tribunal como en relación con los asuntos consultados²⁰. También en este punto se aprecia una diferencia respecto

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. supra, artículo 44. Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *El sistema americano...* op. cit., p. 185.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *El sistema americano...* op. cit., p. 187.

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. supra, Capítulo VIII, artículos 52 y ss. El procedimiento de la Corte está regulado en los artículos 66 a 69 de la Convención y exige el agotamiento de los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50, en los que la Comisión tiene un papel activo.

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. supra, artículo 64. Están legitimados para consultar a la Corte IDH: los Estados miembros de la OEA -sean o no partes en la Convención Americana de Derechos Humanos-, y los órganos relacionados en la Carta de la OEA -Asamblea General; Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; Consejos; Comité Jurídico Interamericano; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Secretaría General; Conferencias Especializadas, y Organismos Especializados-. Las consultas pueden versar sobre cuestiones relativas a la Convención, y también sobre otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En opinión de Buergenthal, la Corte puede ser consultada incluso en relación con la Declaración Americana

al sistema del Consejo de Europa, ya que el TEDH únicamente puede emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros sobre la interpretación del CEDH y sus Protocolos.

2.- LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ.

A partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, se inició lo que Cançado Trindade denomina etapa de consolidación del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos²¹, que viene marcada, entre otras cosas, por la labor jurisprudencial de la Corte IDH y por la adopción de Convenciones sectoriales, entre ellas, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, de 1994²². Este tratado ha sido calificado como acuerdo histórico que ha dado las pautas a los Estados para la adopción de leyes y marcos políticos y estratégicos sobre la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres. En este sentido, Mejía Guerrero ha señalado que en 1994 de los 34 Estados miembros de la OEA sólo 9 tenían algún tipo de legislación que protegiera a las mujeres de la violencia; y, tras la adopción de la Convención de Belém do Pará, y de manera casi inmediata, la mayoría de los Estados aprobaron leyes de protección de la familia y de la mujer. Sin embargo, esta buena acogida -dice la autora- se evidenció muy pronto insuficiente, por dos razones: porque los Estados en sus legislaciones

de Derechos y Deberes del Hombre, en base al reconocimiento implícito del valor jurídico de la Declaración que hace el Protocolo de Buenos Aires de 1967, y al reconocimiento del alcance de la Declaración que hace la propia Convención en cuanto texto que supone una interpretación auténtica de los derechos consagrados en la Carta de la OEA. Vid. BUERGENTHAL, T: "The Inter.-American Court of Human Rights" *American Journal of International Law*, 1982, vol. 76, pp. 231-245.

Las Opiniones Consultivas pueden consultarse en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (última consulta 18/04/2019).

²¹ Para el autor, la evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se desarrolla a través de cinco etapas: la primera, la de los antecedentes del sistema, marcada por la mezcla de instrumentos de efectos jurídicos variables (convenciones y resoluciones); la segunda, caracterizada por el papel protagonista de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la tercera, la de la institucionalización del sistema con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la cuarta, la de la consolidación del sistema mediante la construcción jurisprudencial del la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la adopción de los Protocolos Adicionales a la Convención se Derechos Humanos y la adopción de Convenciones sectoriales, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y la quinta, la del perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención de Derechos Humanos, que se inició a principios del siglo XXI con los cambios introducidos en los Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vid. CANÇADO TRINDADE, *El sistema interamericano...*, op. cit., pp. 549-551.

²² A-61, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Número de Estados Partes: 32

tendían a proteger más a la familia como institución que a las mujeres, y porque la Convención se trató más como “una meta” que como “un punto de partida”²³.

La Convención de Belém do Pará rompe con un importante paradigma de derechos humanos, en virtud del cual únicamente el Estado era responsable por su violación, de tal manera que, las relaciones entre particulares, al pertenecer al ámbito privado, escapaban de la responsabilidad del Estado²⁴. Con este tratado, sin embargo, se rompe el blindaje de lo privado, de forma que los Estados asumen la obligación de prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, ocurra donde ocurra, tanto en el ámbito público como en el privado.

Al igual que su texto hermano -el Convenio de Estambul-, la Convención reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, tiene una naturaleza estructural y representa una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres²⁵. A efectos del tratado, la violencia contra la mujer se define como:

“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”²⁶.

Así pues, la Convención americana –lo mismo que el Convenio de Estambul- considera que la violencia contra la mujer está basada en su género, y no en su sexo, apartándose en este punto de la definición recogida en la DEVAW que considera la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino. Pero, al margen de la introducción del concepto de género, que, dicho sea de paso, no se define, la Convención de Belém do Pará es un tratado dirigido específicamente a regular la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, excluyendo de su ámbito de aplicación otras formas de violencia que pueden afectar también a los hombres. Sus disposiciones únicamente se aplican a las mujeres víctimas de violencia en razón de su género-mujer. El texto no contempla, por tanto, la violencia doméstica, de forma específica, con un enfoque neutro en cuanto al género, como tampoco contempla el daño o sufrimiento económico de la violencia, como sí hace en cambio el Convenio de Estambul. Por otra parte, las diferentes formas de violencia que, sin ánimo de exhaustividad, señala la Convención, se producen en los tres ámbitos referidos en las

²³ Vid. MEJÍA GUERRERO, op. cit., pp. 196 a 198.

²⁴ *Ibidem*, pp. 193-195.

²⁵ Convención de Belém do Pará, cit. supra, párrafos 2, 3 y 4 del Preámbulo.

²⁶ *Ibidem*, artículo 1.

normas universales -la familia, la comunidad y el Estado, coincidiendo en este punto con la DEVAW²⁷.

Algunos autores han señalado como problemas de la Convención la amplitud de la definición de violencia recogida en el texto, y su imprecisión cuando se refiere a la posibilidad de que el Estado pueda actuar como agresor al ejecutar o tolerar actos de violencia. Si bien esto último se entiende, según opinión generalizada, en el sentido de que el Estado es también responsable cuando en su legislación, prácticas administrativas, políticas sociales, y en cualquiera de sus ámbitos de actuación, tolere la violencia u omite sancionarla²⁸.

En cuanto a la protección ofrecida por el tratado, la disposición clave del texto, el artículo 3 -considerado “la esencia de la Convención”²⁹- reconoce, por primera vez en un tratado de estas características, el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia en el ámbito público y en el privado. Este derecho incluye, a tenor de su artículo 6, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Por tanto, el vínculo entre la igualdad y la erradicación de la violencia contra la mujer se pone de manifiesto en disposiciones claves del texto. Para hacer efectiva una vida libre de violencia, el texto proclama que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de los derechos humanos y libertades consagrados por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, entre los que cita: el derecho a la vida; a la integridad física, psíquica y moral; a la libertad y seguridad; a la dignidad; a la igualdad; a la justicia; y a la libertad de asociación y pensamiento³⁰. Estos derechos que relaciona la Convención ya se encontraban reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por lo que en este punto la Convención de

²⁷ *Ibidem*, artículo 2: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

²⁸ PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Comentarios a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belém do Pará” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 95, Mayo-Agosto 1999, Nueva Serie Año XXXII, pp. 667-679, p. 673.

²⁹ *Ibidem*, p. 674.

³⁰ Convención de Belém do Pará, cit. *supra*, artículo 4.

Belém do Pará no añade ningún derecho nuevo a las mujeres, salvo el referido derecho a vivir libre de violencia.

Como obligaciones de los Estados, la Convención de Belém do Pará contempla en su artículo 7 los pilares sobre los que se asientan: la condena de todas las formas de violencia contra la mujer, y la adopción, por todos los medios *apropiados* y sin dilaciones, de políticas *orientadas* a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Estas exigencias se nos antojan un tanto laxas y flexibles, como se deduce de los términos que hemos resaltado de esta disposición. El mismo artículo 7 contempla, además, otras medidas que están obligados a llevar a cabo los Estados de forma inmediata, sin dilaciones, y que tienen que ver con la abstención de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, la actuación conforme al principio de la debida diligencia y la inclusión de normas penales, civiles y administrativas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia³¹. A diferencia del Convenio de Estambul, la Convención de Belém do Pará no criminaliza de forma expresa las diferentes formas de violencia contra la mujer. El artículo 8, por su parte, establece otras obligaciones que los Estados deben cumplir no de forma inmediata, sino progresiva, y que tienen que ver con la educación, concienciación y la provisión de servicios especializados a las víctimas³². Unas medidas de naturaleza preventiva y protectora de especial trascendencia para abordar y erradicar el problema de la violencia contra las mujeres cuyo cumplimiento se deja en manos de los propios Estados, que pueden decidir el momento de su puesta en marcha.

A pesar de la laxitud con la que se enuncian las obligaciones de los Estados en la Convención de Belém do Pará, hay un aspecto positivo del texto que merece ser destacado y que refuerza de manera notable la protección de las mujeres frente a la

³¹ Conforme al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, los Estados deben abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; adoptar medidas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar o poner en peligro la vida de la mujer; tomar las medidas apropiadas para modificar o abolir leyes vigentes o prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden o toleren la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer víctima de violencia; establecer mecanismos judiciales y administrativos que aseguren el acceso efectivo de las víctimas al resarcimiento del daño; y adoptar disposiciones legislativas o de otra índole necesarias para hacer efectiva la Convención.

³² Conforme al artículo 8 de la Convención de Belém do Pará, los Estados deben adoptar medidas de fomento del conocimiento y observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia; medidas educativas y de capacitación de personal; medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres; medidas de investigación y recopilación de datos; medidas de concienciación pública del problema; medidas en relación con los medios de comunicación; medidas para la provisión de servicios especializados y programas de rehabilitación a las víctimas; y medidas para promover la cooperación internacional en la materia.

violencia. Nos referimos a la posibilidad, establecida en el artículo 12 del tratado, de que cualquier persona pueda alegar ante la CIDH el incumplimiento, por parte de los Estados, de las obligaciones previstas en el artículo 7, esto es, las que son inmediatamente exigibles y deben ser adoptadas por los Estados sin dilaciones. De esta manera, si un Estado no lleva a cabo alguna de las medidas recogidas en este artículo puede ser denunciado ante la Comisión por cualquier persona por su incumplimiento, e incluso su pretensión puede llegar a la Corte IDH en los casos en que la Comisión decida someter el asunto a este órgano judicial³³. Esta previsión de la Convención refuerza considerablemente la protección de las mujeres frente a la violencia y la redime, en cierto modo, de su templanza. Esta posibilidad, además, es exclusiva de la Convención americana, ya que el Convenio de Estambul no contempla ningún mecanismo de denuncia similar ante ningún órgano judicial por los incumplimientos del tratado.

Las diversas circunstancias que colocan a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad frente a la violencia, tales como, la condición étnica, la edad, la discapacidad, la pobreza, la situación de migrante, desplazada o refugiada, son tenidas en cuenta por la Convención de Belém do Pará, que obliga a los Estados a su consideración a la hora de aplicar el texto³⁴. Con respecto a la discapacidad y los refugiados, el sistema interamericano dispone de dos instrumentos específicos -la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999³⁵ y la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984³⁶ -, si bien, ninguno de estos instrumentos adopta un enfoque de género ni tiene en cuenta las necesidades de estas mujeres ni su especial vulnerabilidad frente a la violencia basada en su género.

Respecto a los mecanismos de control de las obligaciones de los Estados - denominados en el texto “mecanismos de protección”-, la Convención de Belém do

³³ Convención de Belém do Pará, cit. supra, artículo 12 en relación con el artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁴ *Ibidem*, artículo 9.

³⁵ A-65 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 6 de julio de 1999. La Convención defiende la plena integración de todas las personas con discapacidad en la sociedad e insta a los Estados a intervenir en la prevención, detección temprana, tratamiento y rehabilitación en esta materia.

³⁶ Declaración de Cartagena sobre refugiados de 22 de noviembre de 1984, Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, Conclusión Tercera. Documento disponible en: <http://www.refworld.org.es/> (última consulta 18/04/2019). Un análisis de este artículo en las Directrices número 12 del ACNUR, HCR/GIP/16/12, de 2 de diciembre de 2016, párrafos 61 a 85.

Pará establece tres vías de control de la aplicación del tratado: a) la elaboración de informes anuales nacionales que deben remitir los Estados a la CIM; b) la llamada jurisdicción consultiva, en función de la cual los Estados y la CIM pueden requerir a la Corte IDH opinión consultiva sobre la interpretación de la Convención; y c) la interposición de denuncias o quejas ante la CIDH por parte de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental, por la violación del artículo 7 de la Convención, que regula las obligaciones que los Estados deben adoptar sin dilación³⁷. Como reforzamiento de los mecanismos de seguimiento de la Convención, en el año 2004 se constituyó el MESECVI, configurado como una metodología de evaluación multilateral, sistemática y permanente de la Convención³⁸.

De los mecanismos de protección nos interesa subrayar tres aspectos. El primero, que el mecanismo de interposición de denuncias individuales recoge un amplio elenco de posibles infracciones denunciabiles, aunque se restrinja exclusivamente al ámbito del artículo 7 del texto. Así, por ejemplo, si un Estado no pone todos los medios a su alcance para la investigación efectiva de un caso de violencia doméstica puede ser denunciado por no actuar con la debida diligencia, del mismo modo que puede ser denunciado si no incluye en su legislación interna normas penales para sancionar la violencia contra la mujer o si no adopta medidas para modificar o derogar leyes que respalden la tolerancia de este tipo de actos. El segundo aspecto es que a través del procedimiento de denuncias individuales las mujeres víctimas de violencia pueden obtener amparo judicial internacional, ya que, durante la tramitación de estas denuncias ante la CIDH, este órgano puede elevar el asunto a la Corte IDH. La competencia de la Corte quedó clara tras la sentencia del caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs México* en la que el tribunal determinó que era competente para conocer las infracciones derivadas del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará³⁹. Si bien, la posibilidad de

³⁷ Convención de Belém do Pará, cit. supra, artículos 10, 11 y 12.

³⁸ La actividad del MESEVIC consiste en el análisis de los avances en la aplicación de la Convención por parte de los Estados, así como de los obstáculos y desafíos a los que estos tienen que hacer frente. Esta labor se desarrolla a través de dos órganos: la Conferencia de Estados Partes, órgano político conformado por todos los Estados que han suscrito la Convención, y el Comité de Expertas, órgano técnico integrado por expertas designadas por cada uno de los Estados. El Mecanismo ha producido 3 Informes Hemisféricos sobre la aplicación de la Convención. Documentos disponibles en <http://www.oas.org/es/mesecvi> (última consulta 18/04/2019). Para Mejía Guerrero la aplicación efectiva y sostenible de la Convención de Belém do Pará requiere un proceso de monitoreo continuo e independiente, y, en su opinión, para ello es fundamental la articulación eficiente de la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la Comisión Interamericana de Mujeres y del MESEVIC. Vid. MEJÍA GUERRERO, op. cit., p. 211.

³⁹ Vid. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, cit. supra, párrafo 77.

intervención de la Corte queda reducida a los Estados que hayan reconocido expresamente su competencia, ya que, la Corte IDH únicamente tiene competencia contenciosa si previamente el Estado denunciado así lo ha reconocido. Y, el tercer aspecto que nos gustaría señalar es la implicación de los principales órganos del sistema interamericano en la protección de los derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, lo que pone de manifiesto el compromiso de éste en la resolución del problema de la violencia contra la mujer. Los mecanismos que contempla la Convención de Belém do Pará representan, en nuestra opinión, al menos sobre el papel, poderosas espoletas para la protección y defensa de los derechos de las mujeres americanas y de su integridad física y moral. Desde este punto de vista, estos mecanismos son auténticos mecanismos de protección de derechos, tal y como los denomina el texto. Estos rasgos singulares convierten al sistema interamericano en uno de los más avanzados en la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia, ya que el Convenio de Estambul únicamente contempla la posibilidad de presentación de informes por parte de los Estados como medida de control de la aplicación del Convenio, excluyendo el control jurisdiccional.

Pese a la existencia desde hace más de veinte años de la Convención de Belém do Pará, sigue existiendo una gran brecha entre los compromisos de derechos humanos asumidos por los Estados y la protección plena y efectiva de éstos, como así han apuntado los principales organismos de derechos humanos de la región⁴⁰. Uno de los principales problemas que debe encarar la región es la impunidad por las violaciones de derechos de las mujeres. La realidad del continente -dice la CIDH- sigue siendo la desigualdad social y los obstáculos en el acceso a la justicia, lo que contribuye a perpetuar la discriminación contra las mujeres y sus formas más extremas⁴¹.

⁴⁰ Vid. Informe elaborado conjuntamente por la OEA, el MESEVIC y el Consejo de Europa, “Herramientas regionales de lucha contra la violencia hacia las mujeres: la Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul”, Organización de los Estados Americanos y Consejo de Europa; Febrero 2014, pp. 22 a 53, <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/mesecvi-coe-cswpub-es.pdf> (última consulta 18/04/2019).

⁴¹ Vid. CIDH *Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*, 3 noviembre 2011, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, párrafos 1 y 2. En el informe sobre “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica” de 2011, la Comisión señaló la verificación de un patrón de ineffectividad judicial y un patrón de impunidad en las actuaciones y procesamiento de los casos de violencia sexual, que promueven la tolerancia social ante este fenómeno. Vid. CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párrafo 11.

3.- EL FEMINICIDIO O LOS ASESINATOS DE MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO.

Entre las formas de violencia contra la mujer que señala la Convención de Belém do Pará no aparece reflejada una de las que prevalecen en esta región: el feminicidio o asesinatos de mujeres por razones de género. Según han señalado los organismos de derechos humanos, las altas tasas de feminicidios en América Latina y el Caribe - El Salvador, Jamaica y Guatemala encabezan los porcentajes más altos-, constituyen uno de los principales problemas en la región interamericana⁴². Sin embargo, esta forma de violencia de género sigue siendo un tema ausente en la legislación de la mayoría de los Estados Partes de la Convención de Belém do Pará, a pesar de que sus tasas alcanzan, en algunos casos, niveles cercanos a la pandemia, de acuerdo con el indicador de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴³.

El feminicidio, la forma de violencia contra la mujer más extrema, se produce en todas las esferas en las que están presentes las agresiones contra la mujer -la familia, la

⁴² Vid. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM): “Patrones de Violencia contra las Mujeres en América Latina y el Caribe”, Informe presentado a la Relatora de la ONU sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, RASHIDA MANJOO, (1ª edición), marzo 2015, p. 4 y ss. El informe presentado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM) a la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, señala, además de los feminicidios, la prevalencia de la violencia física o sexual por parte de una pareja y las altas tasas de violaciones sexuales. Los datos reflejan que entre el 17% y el 15% de las mujeres de 15 a 49 años informaron haber recibido alguna vez violencia física o sexual por parte de una pareja en 12 países de la región - Bolivia, Colombia, Ecuador y El Salvador figuran entre los países con mayores tasas de violencia contra las mujeres, y Chile, República Dominicana y Uruguay entre los de mayores tasas de violencia intrafamiliar-. En el período 2005-2011, quince países registraron tasas de violaciones sexuales a mujeres entre 90 y 56.5 por cada 100.000 habitantes, siendo República Dominicana quien ostentaba la tasa más alta, seguida de Costa Rica y México. El patrón mundial de feminicidios refleja que 66.000 mujeres perdieron la vida por el hecho de ser mujeres entre 2004 y 2009 -lo que representa el 17% de todas las muertes por homicidios-, y más de la mitad de los 25 países con tasas altas y muy altas de feminicidios se encuentran en América Latina y el Caribe. Los datos estadísticos están basados en los siguientes informes: Informe Regional de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) 2013-2014, p. 82; informe de la Oficina Panamericana de la Salud (OPS) “Violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe. Análisis comparativo de datos poblacionales en 12 países”, 2013, p. 34; y Geneva Declaration and Small Armed Survey “Research Notes. Armed Violence”, núm. 14, February 2012.

⁴³ Vid. Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará “Inter-American Commission of Women. Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI)”, mayo de 2012, (OEA/Ser.L). Vid. CARCEDO, A: “No olvidamos ni aceptamos: femicidio en Centroamérica 2000-2006”, San José C.R., CEFEMINA, 2010, p. 35. De acuerdo con dicho estudio, en el año 2006 El Salvador alcanzó los 12,7 homicidios por cada 100.000 mujeres, lo que lo coloca por encima de la tasa de 10 por 100.000 que la OMS considera como epidémica. Guatemala en ese mismo año se acercó a esa tasa epidémica pues llegó a 9 por 100.000. De acuerdo al Observatorio Interamericano de Seguridad de la OEA, las tasas de homicidios de mujeres que se alcanzan en El Salvador y en Guatemala en el año 2006 se colocan muy por encima de las de la mayoría de los países del continente americano.

comunidad o el Estado-, tiene un alto nivel de impunidad y es de los delitos menos perseguidos y castigados del mundo⁴⁴. El vacío legal en su regulación y la ausencia de una definición internacional, la impunidad y la escasez de datos sobre su prevalencia, son las tres cuestiones más problemáticas que rodean a los feminicidios.

En relación con su regulación y definición, la única norma internacional aprobada para adoptar medidas que reduzcan el número de muertes por feminicidios, la Resolución 70/176 de 2016 de la Asamblea General de Naciones Unidas, no incluye una definición de esta forma de violencia⁴⁵. La Asamblea, no obstante, enlaza este concepto con el de feminicidio y femicidio –términos arraigados en la región americana⁴⁶-, cuando valora como modelo a seguir el Protocolo elaborado en el ámbito interamericano para la investigación de las muertes violentas de mujeres. A tenor de este Protocolo, el término femicidio hace referencia a “la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”⁴⁷. La

⁴⁴ En su visita a El Salvador en 2010, la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias constató el aumento alarmante de asesinatos extremadamente violentos de mujeres y niñas en el país. El patrón de estos asesinatos era similar al de los feminicidios constatados en sus visitas a Guatemala y México, consistentes en el secuestro y asesinato de mujeres de 10 a 29 años, que eran encontradas en parques o sitios baldíos, a menudo con señales de abuso sexual y a veces de mutilación, tortura o decapitación. *Vid.* A/66/215, cit. supra, párrafos 34 y 38.

⁴⁵ *Vid.* A/RES/70/176, 8 de enero de 2016, Adopción de medidas contra el asesinato de mujeres y niñas por razones de género.

⁴⁶ Diana Russell y Jane Caputi, feministas anglosajonas, dieron a conocer el término *femicide* en un artículo publicado en 1990 en la revista *Ms* titulado “Speaking the Unspeakable”, definiendo este término como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres”. Más adelante, en 2001, Russell, junto a Roberta Harms definieron el término como “el asesinato de personas del sexo femenino por personas del sexo masculino debido a su condición de ser personas del sexo femenino”. RUSSELL, D.E.H: “Femicidio: politizando el asesinato de mujeres” en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organisation (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 41- 48.

El término feminicidio ha evolucionado de manera relevante en América Latina, donde fue introducido en 1994 por Marcela Lagarde en México. Esta autora, continuando con la línea de Russell, tradujo *femicide* como feminicidio, explicando que en castellano “femicidio” es una voz homóloga a homicidio y sólo significa asesinato de mujeres y “feminicidio” incorpora un elemento de impunidad en esos asesinatos. Sobre la posición sostenida por la autora sobre el feminicidio, véase: LAGARDE, M.: “Introducción” y “Presentación a la edición en español” de “Feminicidio: una perspectiva global” Ed. Diana Russell y Roberta Harms, México, 2006, Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada; LAGARDE, M: “El feminicidio, delito contra la humanidad”, *Feminicidio, justicia y derecho*, México, 2005. En la actualidad el término “feminicidio” aparece incorporado en el Diccionario de la Real Academia Española con el siguiente significado: “Asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia”. *Vid.* DLE, cit. supra.

⁴⁷ *Vid.* “Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)”. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

remisión de la Asamblea a este documento nos hace pensar en la equivalencia de estos conceptos en el Derecho Internacional. Las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, por su parte, definen estos delitos como “la matanza de mujeres en razón de su sexo o género”, englobando en el concepto numerosas manifestaciones de violencia contra la mujer arraigadas en la cultura y la sociedad, aceptadas, toleradas o justificadas, y que permanecen en muchos casos impunes⁴⁸.

Precisamente porque los asesinatos de mujeres por razones de género o feminicidio es un fenómeno universal⁴⁹ y no exclusivo de la región de América Latina⁵⁰, ha sido la Asamblea General la que ha tomado la iniciativa de su regulación. Sin embargo, a nuestro juicio, esta regulación adolece de dos debilidades de peso. La primera tiene que ver con la remisión que hace la Resolución 70/176 a la legislación nacional cuando insta a los Estados a adoptar medidas para prevenir, investigar, perseguir y castigar los asesinatos de mujeres y niñas por razones de género y poner fin a su impunidad “de conformidad con su legislación nacional”⁵¹. La referencia a la ley nacional socava la fuerza de esta norma, que deja al albor de lo que disponga el Derecho interno de cada país -que puede que no diga nada o lo haga de una manera débil- la adopción de medidas para hacer frente a unos delitos calificados de “abominables” por la propia Resolución. Según los datos de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, muy pocos países han promulgado leyes nacionales contra el feminicidio⁵². La segunda tiene lugar cuando de forma tibia la Resolución únicamente “alienta” a los Estados a aplicar las normas internacionales, la diligencia debida y la perspectiva de

Derechos Humanos, 2014, p. 14. Este documento se enmarca en la Campaña ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres del Secretario General de Naciones Unidas y se dirige principalmente a las personas responsables de llevar adelante la investigación y persecución penal de esos delitos.

⁴⁸ Vid. A/HRC/20/16, cit. supra, párrafos 25 a 81. La Relatora cita: el homicidio de mujeres como consecuencia de violencia ejercida por la pareja; el homicidio de mujeres basado en acusaciones de hechicería/brujería en países de África, Asia y las islas del Pacífico; el homicidio de mujeres y niñas por motivos de “honor” que ocurren básicamente desde el Sáhara a los Himalayas; el homicidio de mujeres relacionado con la dote en países del Asia meridional; y otras formas de homicidios de mujeres y niñas derivadas de ciertas normas y creencias culturales como la práctica del *sati* en la India, el infanticidio de mujeres o la selección del sexo por prejuicios de género.

⁴⁹ Vid. A/71/398, cit. supra, párrafo 25.

⁵⁰ En algunos casos observamos que su utilización se reserva para aplicarla a un ámbito geográfico determinado como ocurre, por ejemplo, en la Resolución del Parlamento europeo que regula la posición de la UE frente a los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central, como si se tratase de un fenómeno propio de esta región. Vid. Resolución de 11 de octubre de 2007 sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la UE en la lucha contra este fenómeno (DO C 227 E de 4-9-2008).

⁵¹ Vid. A/RES/70/176, cit. supra, punto 1.

⁵² Vid. A/HRC/20/16, cit. supra, párrafos 94 a 103. México aprobó en 2007 una ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia; El Salvador aprobó en 2010 una ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, y Guatemala aprobó en 2008 una ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

género para reducir las muertes de mujeres por razón de su género, olvidando que, como es sabido, una de las respuestas más contundentes para acabar con este tipo de asesinatos proviene de la aplicación efectiva de los tratados y de los principios del Derecho Internacional⁵³.

Siguiendo con los problemas que plantea el feminicidio, uno de los más graves es su impunidad, a la que contribuye el hecho de que el Derecho Internacional no contemple esta forma de violencia contra la mujer como un crimen internacional singularizado, ni en la categoría de crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 6 sobre el genocidio no recoge el sexo como característica del grupo que intencionadamente se pretende destruir total o parcialmente, por lo que deja fuera del tipo penal los asesinatos de mujeres por razón de su género⁵⁴. Tampoco el Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 incluye el sexo como elemento del delito, como sí ocurre, en cambio, con la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión⁵⁵. Esto significa que el Derecho Internacional Penal no ha tenido en cuenta ni concibe que los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres, cuando se realizan de forma masiva y sistemática con absoluta aquiescencia o pasividad de los Estados constituyan auténticos crímenes internacionales que intentan destruir a un grupo que tiene en común la característica del sexo-mujer. En los supuestos de asesinatos de mujeres por razones de género se observa, pues, una laguna en el Derecho Internacional Penal que contribuye a incrementar la impunidad de estos delitos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales, en cambio, sí han

⁵³ Vid. A/RES/70/176, cit. supra, puntos 1, 4, 7 y 8. El fortalecimiento de la justicia penal para hacer frente a los asesinatos de mujeres y niñas por razones de género; la cooperación internacional; la adopción de estrategias integradas para prevenir los asesinatos y reducir el riesgo de su comisión; la imposición de sanciones adecuadas; la protección de las víctimas; la concienciación y la recopilación de datos son otros aspectos regulados en la Resolución para hacer frente a los asesinatos por razones de género.

⁵⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. supra, artículo 6.

⁵⁵ Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III). Entrada en vigor 12 de enero de 1951. Adhesión al Convenio por parte de España el 13 de septiembre de 1968 (BOE núm. 34, 8-02-1969). Instrumento de aprobación de la retirada de la reserva a la totalidad del artículo IX (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia) formulada por el Estado español al depositar el Instrumento de Adhesión al Convenio (BOE núm. 297, 10-12-2009). Vid. Artículo II: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos que se mencionan a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso: a) la matanza de miembros del grupo; b) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

visibilizado el feminicidio como un delito basado en el género⁵⁶. En particular, la Corte IDH en el caso *González y otras “Campo Algodonero” vs. México* considera el feminicidio como una “situación estructural y un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades... estas situaciones de violencia están fundadas en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”⁵⁷. Con este mismo enfoque se han expresado algunos tribunales nacionales como, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México⁵⁸.

Finalmente, otro problema del que adolece esta forma extrema de violencia contra la mujer es la falta de datos de estos asesinatos. Una de las contribuciones más importantes en este punto proviene de la actual Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, que ha incluido como prioridad de su mandato la creación de un “observatorio de ámbito universal, regional y nacional contra los feminicidios”, cuya implementación ha desarrollado en su primer informe temático⁵⁹.

4.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH Y DE LA CORTE IDH.

En el desarrollo de los estándares jurídicos del sistema interamericano de protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia, no sólo han influido las normas sustantivas aprobadas, también la labor desarrollada por la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH han sido decisivas para el avance en esta materia. Así, las decisiones de fondo de la CIDH se han centrado principalmente en el vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación, la aplicación del principio de la debida diligencia por parte de los Estados -caso *Maria da Penha Maia Fernández*⁶⁰-; la violencia sexual como una forma de tortura- caso *Raquel Martín de Mejía*⁶¹-; y el acceso a la justicia y la intersección de distintas formas de discriminación - caso *Ana*,

⁵⁶ Vid. Comité CEDAW: CEDAW/C/39/D/5/2005 y CEDAW/C/39/D/6/2005; TEDH: *Case of Opuz v. Turkey*, cit. supra.

⁵⁷ Vid. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cit. supra, párrafo 133.

⁵⁸ Sentencia C-022/15 (Bogotá, D.C., 21 de enero de 2015). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-022-15.htm>; <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=3060> (últimas consultas 18/04/2019).

⁵⁹ A/71/398, 23 septiembre de 2016, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, cit. supra.

⁶⁰ Vid. CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, Caso 12.051, *Maria Da Penha Fernandes*, cit. supra.

⁶¹ Vid. CIDH, Informe de Fondo N° 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú) de 1 de marzo de 1996.

*Beatriz y Celia González Pérez*⁶²-. La Comisión fue pionera en considerar la violencia sexual como una forma de tortura. En el caso de *Raquel Martín de Mejía* concluyó que se habían conjugado los tres elementos necesarios para la tortura, enunciados en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: un acto a través del cual se inflija a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales; un acto cometido con un fin; y un acto perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero.

La jurisprudencia de la Corte IDH, por su parte, ha sido un baluarte en la defensa de los derechos de las mujeres frente a los actos que violan su integridad física y moral⁶³, y un puntal en la evolución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos⁶⁴. A partir de las decisiones de la Corte no sólo se considera inaceptable la ausencia de respuesta por parte del Estado a violaciones graves de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario, sino que, además, como apunta Vacas Fernández, la Corte ha ido estableciendo una serie de principios, reconociendo una serie de derechos de las víctimas, y, correlativamente, un conjunto de obligaciones de los Estados en materia de verdad, justicia y reparación, que dotan de contenido al estatuto jurídico de las víctimas y que vienen a limitar la discrecionalidad de los Estados⁶⁵. Así, la primera sentencia que abordó de forma integral los derechos de las mujeres en un contexto de patrones sistemáticos de violencia y la obligación de los Estados de actuar conforme al principio de la debida diligencia es la del emblemático caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, sentencia decisiva que se hizo eco de la realidad de los feminicidios. En ella la Corte afirmó que la garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva de la obligación del

⁶² Vid. CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez*, cit. supra.

⁶³ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A: “La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Voces en el Fénix*, Año 5, número 32, marzo 2014, pp. 48-61; MEJÍA GUERRERO, op. cit., p.199 y ss.

⁶⁴ Cançado Trindade identifica la construcción jurisprudencial de la Corte con la etapa de consolidación del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos acaecida a lo largo de los años ochenta del siglo pasado. Vid. CANÇADO TRINDADE, *El sistema interamericano...* op.cit., p. 561. Castillo Daudí, por su parte, señala que las aportaciones más interesantes de la jurisprudencia de la Corte se refieren al derecho a la vida; a los derechos políticos; y a la igualdad ante la ley. En cuanto al derecho a la vida, la Corte ha sostenido que este derecho comprende una obligación negativa de los Estados de no privar a ningún ser humano de la vida y una obligación positiva de proteger la vida y no generar condiciones que le impidan o dificulten una existencia digna. Por lo que respecta a la igualdad ante la ley, la Corte sostiene que el principio fundamental de la protección igualitaria y efectiva de la ley y la no discriminación forman parte del dominio del *ius cogens*. Vid. CASTILLO DAUDÍ, op.cit., p. 245.

⁶⁵ VACAS FERNÁNDEZ, F.: “La elaboración de un estatuto jurídico de víctimas de crímenes internacionales por Naciones Unidas y su aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *REDI*, vol. LXV (2013), 2, pp. 356-364, p.363.

Estado de investigar las violaciones de esos derechos; y haciendo uso de algunas decisiones del TEDH -*Ergi vs. Turkey*, 40/1993/435/514, 28 de julio de 1998- consideró que la investigación oficial debía ser efectiva en los casos de violaciones de estos derechos. Yendo más allá, señaló que en el caso de que fuese una mujer la que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres, el deber de investigar “tiene alcances adicionales”⁶⁶. En el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, la Corte se pronunció sobre las múltiples formas de discriminación y violencia que pueden sufrir las mujeres indígenas al sumarse a su condición de mujer otras circunstancias como la etnia, raza y posición económica, y la necesidad de evitar la posible revictimización de la víctima cuando se lleven a cabo labores de investigación en casos de violencia sexual⁶⁷. En el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, la Corte abordó el tema de la violación sexual como una forma de tortura, además de una vulneración del derecho a la vida privada, y afirmó que la violación constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima por las severas consecuencias y el gran daño físico y psicológico que ocasiona, y que deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación difícilmente superable por el paso del tiempo⁶⁸. En relación con el concepto y la prueba de la violación, las sentencias de la Corte son ilustrativas de la ampliación que ha experimentado el término vía jurisprudencial, y del cambio en los criterios de valoración de la prueba, menos

⁶⁶ Vid. Caso *González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, cit. supra, párrafos 291a 293.

⁶⁷ Vid. Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, cit. supra, párrafos 114 a 118 y 180. Para la Corte, la violación sexual vulnera el derecho a la vida privada ya que supone “una intromisión en la vida sexual que anula el derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, con lo que se pierde de forma completa el control sobre las decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas”. La Corte señala que se debe evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática en la víctima cuando se lleven a cabo actividades de investigación de los casos de violencia sexual.

⁶⁸ Vid. Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrafos 100 a 119. La Corte afirmó que la violencia sexual hace referencia a acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. La declaración de la víctima constituye la prueba fundamental de la violación, dado que ésta “es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o agresores... no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.” En cuanto al uso de la fuerza y la necesidad de que exista resistencia física por parte de la víctima, la Corte afirmó que “el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física a la misma, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta.”

formales que en los sistemas legales internos⁶⁹. La Corte también tuvo ocasión de pronunciarse sobre la violencia sexual de forma específica en el contexto de los conflictos armados en los casos *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador* y en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*⁷⁰.

Así pues, podemos señalar varios aspectos significativos que representan fortalezas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos de las mujeres frente a la violencia: la existencia temprana de la Convención de Belém do Pará; el amplio número de Estados que la han ratificado; el mecanismo de control y aplicación de la Convención, que introduce el sistema de denuncias individuales ante la CIDH y abre la posibilidad de la intervención de la Corte IDH, tanto en ejercicio de su función consultiva como en ejercicio de su función jurisdiccional; la implicación de los órganos principales de la OEA en el sistema de control del cumplimiento de la Convención; el papel relevante otorgado a la CIM -uno de los organismos más antiguos especializados en igualdad de género y violencia contra la mujer-; y la labor decisiva llevada a cabo tanto por la CIDH como por la Corte IDH en el establecimiento de los estándares jurídicos del sistema regional de protección de los derechos de las mujeres.

Sin desmerecer estos aspectos positivos, lo cierto es que el sistema interamericano también presenta debilidades. Una de las más importantes para nosotros deriva del propio sistema general de protección de derechos en el que se integra la Convención de Belém do Pará, que se caracteriza por dos rasgos fundamentales: 1) el no acceso directo de los particulares a la Corte IDH; y 2) la necesidad de reconocimiento expreso de la competencia de la Corte por parte de los Estados para que el tribunal pueda entrar a examinar y decidir las denuncias individuales presentadas por mujeres víctimas de violencia.

Siguiendo a Cançado Trindade, hay ciertos requisitos básicos que deben ser satisfechos para la evolución futura del sistema interamericano: a) la ratificación o adhesión a la Convención Interamericana de Derechos Humanos por todos los Estados de la OEA; b) la aceptación integral y sin restricciones de la jurisdicción obligatoria -

⁶⁹ Vid. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, cit. supra, párrafo 308. La Corte amplió el concepto de violación sexual a actos que no eran los que tradicionalmente configuraban este concepto. Véase también: Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, y caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, párrafo 105, cit. supra.

⁷⁰ Vid. Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, cit. supra.

automática- de la Corte IDH; y c) la incorporación de la normativa sustantiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos al Derecho interno de los Estados Partes⁷¹. Nosotros añadiríamos a ellos otros dos más, en lo que afecta al ámbito específico de la protección de los derechos de las mujeres: a) la ratificación de la Convención de Belém do Pará por todos los Estados miembros de la OEA; y b) la incorporación de la normativa sustantiva de la Convención de Belém do Pará al Derecho interno de los Estados de la región.

Sobre los asesinatos de mujeres por motivos de género o feminicidios, la forma más extrema de violencia contra la mujer que, aunque es un fenómeno universal, prevalece en esta región, podemos señalar tres cuestiones problemáticas: el vacío legal en su regulación y la ausencia de una definición internacional, la impunidad de estos delitos y la ausencia de datos sobre su prevalencia. La única norma internacional que se ha adoptado con la finalidad de poner fin a estos asesinatos y que confirma que estos son una realidad es la Resolución 70/176 de 2016 de la Asamblea General de Naciones Unidas que, a nuestro juicio, adolece de tres problemas que socaban su fuerza: el carácter recomendatorio de la norma; la referencia a la ley nacional como parámetro en la adopción de medidas para prevenir, investigar, perseguir y castigar los asesinatos de mujeres y niñas por razones de género; y la no exigibilidad inmediata a los Estados de la aplicación de las normas internacionales, la diligencia debida y la perspectiva de género para abordar estas muertes.

⁷¹ Vid. CANÇADO TRINDADE, *El sistema interamericano...*, op. cit., pp. 587-588.

CAPÍTULO VIII.- EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: LA UNIÓN AFRICANA (UA).

1.- LA CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.

La protección internacional de los derechos de las mujeres en la Unión Africana¹ está garantizada a través de un Protocolo Adicional de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta de Banjul, texto que constituye el núcleo del sistema de derechos humanos africano². El mismo título de este tratado recoge una peculiaridad -también presente en la organización de los países del Sudeste Asiático (ASEAN)- que distancia al sistema regional africano de los sistemas europeo y americano y que consiste en aunar, en un mismo tratado, los derechos humanos y los derechos de los pueblos situándolos a la par y otorgándoles la misma consideración y el mismo tratamiento jurídico. La proclamación tanto de derechos individuales como colectivos refleja, a juicio de Saavedra Álvarez, la idea de una “civilización africana”, un intento de reafirmar y preservar aquellos baluartes culturales africanos que parecen estar “en

¹ El Acta que dio lugar a la constitución de la Unión Africana se firmó en julio del año 2000 en Lomé (Togo), con entrada en vigor un año más tarde y su puesta en marcha se produjo con la disolución formal de la OUA el 9 de julio de 2002, durante el primer periodo de sesiones de la Unión Africana. *Vid.* Constitutive Act of the African Union, texto disponible en página oficial UA: <https://au.int/en/treaties> (última consulta 18/04/2019). La UA está constituida por 54 países independientes de África, del territorio marítimo africano y del Sáhara Occidental. Su finalidad es la integración política, económica, social y cultural de África. Los órganos de la Unión son: la Asamblea de la Unión, el Consejo Ejecutivo, el Parlamento Pan-Africano, la Corte de Justicia, la Comisión, el Comité de Representantes Permanentes, los Comités Técnicos especializados, el Consejo Económico, Social y Cultural y las instituciones financieras. La UA es heredera de varios intentos previos para unir políticamente al continente africano: la Unión de Estados Africanos (UEA) de 1958, la Organización para la Unidad Africana (OUA) de 1963 y la Comunidad Económica Africana (CEA) de 1991. El Tratado de Abuja -que constituyó la Comunidad Económica Africana- recomendó el nacimiento de una Unión Africana, cuyo proceso de constitución se formalizó en la Declaración de Sirte de 1999.

La UA no es ajena a la larga historia de colonialismo y pobreza que ha marcado a los países que la componen. En palabras del profesor Díez de Velasco, el proceso de integración africana se caracterizó, además de por el idealismo y verbalismo de sus impulsores, por las dificultades geográficas -mosaico de pueblos, grandes distancias, ausencia de infraestructura viaria-, económicas -Estados subdesarrollados-, y políticas del propio continente. *Vid.* DIEZ DE VELASCO, M.: “Las organizaciones internacionales”, Ed. Tecnos, 16ª ed., Madrid, 2009, p. 803.

² African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights, (27 Junio 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrada en vigor 21 Octubre 1986). Además de la Carta, el sistema regional africano de derechos humanos cuenta con otros tratados específicos sobre la materia como la Convención sobre los Refugiados de 1969, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990 o la Carta Cultural para África de 1976. Para la doctrina es llamativo el retraso con el que se aprobó el texto respecto a sus homólogos de otras organizaciones internacionales -más de 15 años respecto a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José; 31 años respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos; y 33 años respecto a la DUDH-; achacándolo principalmente a la situación política, de pobreza o conflicto bélico que afectaba a numerosos Estados africanos. *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: “El sistema africano: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de junio de 1981” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp. 191-199, p. 191; CASTILLO DAUDÍ, op.cit., p. 250.

riesgo” frente a la civilización occidental³. Otros autores, de forma más ácida, apuntan que la promoción de las tradiciones africanas ha servido de tapadera a las dictaduras y la corrupción. Para Kabunda Badi la Carta nació muerta, pues fue concebida más como un documento de concesiones o de compromiso que como un verdadero debate sobre la protección y promoción de derechos humanos⁴.

En línea con esta concepción de los derechos, la Carta de Banjul hace referencia expresa a los derechos de las mujeres en el apartado 3 del artículo 18 que establece la obligación de los Estados de eliminar la discriminación contra la mujer y proteger sus derechos -y los de los niños- en la forma que estipulan las declaraciones y convenios internacionales. Esta obligación se enmarca en el mismo artículo -artículo 18- que se destina a regular la familia, que para este tratado constituye la “unidad natural y la base de la sociedad”, y a la que corresponde “la custodia de la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad”⁵. La inclusión de los derechos de las mujeres dentro de la disposición que regula la familia y los valores tradicionales, se considera por algunos autores la manzana de la discordia porque refuerza los estereotipos sobre el lugar y el papel que se considera apropiado para las mujeres en la sociedad⁶. Kabunda Badi sostiene que en nombre de los valores tradicionales que la Carta defiende, las mujeres son consideradas inferiores a los hombres y subordinadas a los varones de la familia y al poder político ampliamente patriarcal. En su opinión, los Estados no se han responsabilizado lo suficiente para impedir las violaciones de los derechos de las mujeres haciendo un mal uso y abuso de las tradiciones y, al respecto, se pregunta cómo la eliminación de la discriminación contra las mujeres que defiende la Carta puede conciliarse con el deber de promover los valores de la civilización

³ Entrecomillados de la autora. Vid. SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y.: “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 673- 677.

⁴ KABUNDA BADI, M.: *Derechos humanos en África*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, pp. 288 y 294. El autor considera que la Carta está hecha a la medida de los poderes dictatoriales de la década de los años 70 y 80.

⁵ Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, cit. supra, artículo 18: “1. La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Esta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral. 2. El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad. 3. El Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales. 4. Los ancianos y los minusválidos también tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales.” Por otro lado, la eliminación de toda forma de discriminación basada en el sexo aparece recogida en el párrafo 7 del Preámbulo de la Carta, como uno de los compromisos que justifican la adopción del texto.

⁶ HEYNS, C: “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos” en *“La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI”*, GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 595-620, p. 604.

africana⁷. Welch, por su parte, subraya la poca atención que dedica la Carta a las mujeres como grupo, y apunta a que el texto consagra la desigualdad de hecho entre hombres y mujeres al recomendar la promoción de los valores africanos tradicionales, sobre todo en las zonas rurales donde dicha desigualdad es una realidad sociológica, e incluso en las ciudades en las que el incremento de la prostitución femenina pone de manifiesto la marginación económica de éstas⁸. Otros autores, en cambio, critican la focalización de la opresión de las mujeres africanas exclusivamente en la cultura. Para éstos, la pobreza, la ignorancia y el analfabetismo o la falta de conocimiento juegan un papel importante en el mantenimiento de las prácticas nocivas contra la mujer⁹. En nuestra opinión, el nexo que establece la Carta entre la defensa de los valores tradicionales y los derechos de las mujeres resulta paradójico porque envuelve una contradicción, ya que la moral y los valores tradicionales -conceptos jurídicamente indeterminados- se han utilizado -y se siguen utilizando- como fundamento de prácticas contrarias a los derechos y la dignidad de las mujeres, justificando diversas formas de violencia basadas en su género. Desde este punto de vista, las disposiciones de la Carta suponen un aval para la pervivencia de este tipo de prácticas nocivas que mantienen el *status quo* de las relaciones familiares patriarcales favorecedoras de todas las formas de violencia contra la mujer en África. De esta manera, el tratado lejos de servir de vehículo para la protección de la integridad física y moral de la mujer se convierte en una rémora jurídica para hacer frente a las formas de violencia contra las mujeres que tienen su origen en las costumbres y tradiciones culturales.

Además del enfoque limitado de los derechos de la mujer y la “asociación diabólica” de éstos con la defensa de los valores familiares y las tradiciones comunitarias, hay otros aspectos en la Carta de Banjul que, en nuestra opinión, debilitan la protección de los derechos humanos en general, y de los derechos de las mujeres en particular. Estas “sombras” del tratado tienen que ver con el funcionamiento de los dos mecanismos de protección de derechos humanos del sistema africano: la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Por lo que respecta a la Comisión Africana, único órgano que establece la

⁷ Vid. KABUNDA, op. cit., p. 305 y 349.

⁸ WELCH C.E. Jr.: “Human Rights and African Women: A Comparison of Protection Under Two Major Treaties” en *Human Rights Quarterly*, nº 15, 1993, pp. 554 y ss.

⁹ FAGBONGBE, M.D.: *Reconstructing women's rights in Africa using the African regional human rights regime: problems and possibilities*, Thesis, Faculty of Graduate Studies (Law), The University of British Columbia (Vancouver), 2010, p. 208.

Carta de Banjul como mecanismo de protección de derechos¹⁰, podemos señalar los siguientes aspectos. La Carta no contempla de manera expresa un sistema de denuncias individuales ante la Comisión como mecanismo de control del cumplimiento del tratado¹¹. Por otro lado, hay un hermetismo en la Carta sobre los criterios de selección que utiliza la Comisión para admitir lo que el texto denomina en el artículo 55 “otras comunicaciones” y que en la práctica constituye la vía para que una persona pueda reclamar la violación de sus derechos ante este órgano¹². Y, finalmente, otro aspecto relevante es el papel preponderante que tiene la Asamblea General de Jefes de Estado y

¹⁰ Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, cit. supra, artículo 30. La Comisión está compuesta por once miembros elegidos por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno que ejercen su función a título particular. Una cuestión importante en relación con la composición de la Comisión que destaca Odimba es el balance de género, pues hasta junio de 1993 la composición de la Comisión Africana era sólo masculina. Vid. ODIMBA, J.C.: “Protección de los derechos fundamentales en África”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 6, julio- diciembre de 2006, pp. 107- 145, pp. 126 y 128.

En el ejercicio de sus funciones, la Comisión puede emprender estudios e investigar los problemas africanos en materia de derechos humanos, dar opiniones o hacer recomendaciones a los gobiernos, así como, establecer principios y normas encaminadas a resolver los problemas legales relativos a los derechos humanos. Sus decisiones deben estar basadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los textos básicos de ámbito universal y regional. Además, debe tener en cuenta otros convenios generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la OUA; prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos; costumbres generalmente aceptadas como normas; principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos; así como, precedentes legales y creencias. La fundamentación de las decisiones de la Comisión en los tratados internacionales de derechos humanos se ha entendido como una pretensión de que la Comisión interprete la Carta en concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con su evolución. Castillo Daudí señala que, aunque desde su creación la Comisión funciona de forma regular con independencia y competencia, sufre, sin embargo, las limitaciones del sistema africano de derechos humanos en cuanto a la falta de medios humanos y materiales. Otros autores consideran que los Estados africanos no la toman en serio, carece de medios financieros y se caracteriza por la nula capacidad de control y por conseguir informaciones a partir de las fuentes independientes. Vid. CASTILLO DAUDÍ, op. cit., p. 272; KABUNDA BADI, op. cit., p. 300; LAKARRA ETXEBARRIA, J.: “El sistema regional de protección de derechos humanos en África: avances y deficiencias” en *Trabajos y Ensayos*, UPV/EHU, núm. 16, enero de 2013, pp. 1-21, p. 10.

¹¹ Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, cit. supra, artículo 62. El texto contempla la presentación de informes estatales y las denuncias interestatales como mecanismos de control.

¹² La Carta no contempla de forma expresa la actuación de los particulares ante la Comisión, vía denuncias individuales, sin embargo, su intervención se ha entendido amparada en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 que se refiere a “otras comunicaciones” que no procedan de los Estados Partes. La Comisión así lo ha entendido admitiendo las comunicaciones presentadas por particulares, grupos de personas y organizaciones no gubernamentales, como una auténtica *actio popularis*. Véase a título de ejemplo: Comunicación 155/96 Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) / Nigeria; párrafo 49. El Reglamento de la Comisión Africana también se refiere a la legitimación de los particulares para presentar quejas ante la Comisión Africana por violaciones de los derechos reconocidos en la Carta por parte de un Estado. Vid. “The Rules of Procedure were adopted by the African Commission on Human and Peoples’ Rights, aprobadas en febrero de 1988 y revisadas posteriormente en 1995 y 2010. Disponibles en: http://en.african-court.org/images/Basic%20Documents/Rules_of_Procedure_of_the_African_Commission_on_Humana_and_Peoples_Rights_2010.pdf (18/04/2019). La propia Comisión, pues, decide el inicio del procedimiento y su intervención en este tipo de denuncias, produciéndose lo que Fernández de Casadevante denomina “una especie de filtro previo” sobre este tipo de asuntos. Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *El sistema africano...* op. cit., p. 193.

de Gobierno -órgano político del sistema- sobre las decisiones que adopta la Comisión¹³. Decisiones que, por otra parte, no tienen carácter vinculante ni disponen de un mecanismo de seguimiento de su cumplimiento¹⁴.

En cuanto a la Corte Africana, ésta fue creada después de la aprobación de la Carta mediante un Protocolo Adicional que entró en vigor en 2004¹⁵. La razón de la creación de este órgano no fue otra que mejorar la eficiencia de la Comisión en su cometido, y así se afirma en el Preámbulo del Protocolo. Sin embargo, la dificultosa puesta en funcionamiento de la Corte Africana la ha convertido en un órgano absolutamente ineficaz para cumplir su misión¹⁶. El requisito del reconocimiento

¹³ Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, cit. supra, artículos 58 y 59. Cuando la Comisión observe que uno o más comunicaciones o quejas individuales se refieran a casos especiales que revelen la existencia de violaciones graves o masivas de los derechos humanos y de los pueblos, la Comisión debe llamar la atención de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, que puede, a su vez, solicitarle, un estudio a fondo y un informe sobre estos casos. Heyns advierte que en los casos en los que la Comisión ha seguido este procedimiento -violaciones graves y masivas de derechos humanos-, la Asamblea no ha respondido, lo que ha desanimado a la Comisión a remitirle más casos en los términos del artículo 58. Vid. HEYNS, op. cit., p. 613. Todas las medidas que adopte la Comisión en relación con las comunicaciones individuales, incluido el informe final que apruebe la Comisión, son confidenciales hasta el momento en que la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno decida hacerlas públicas.

¹⁴ La Comisión carece de capacidad decisoria vinculante, ya que sus decisiones tienen únicamente valor recomendatorio, a tenor de lo establecido en el artículo 45 de la Carta. Esta falta de fuerza obligatoria de las decisiones de la Comisión junto con el hecho de que la Carta Africana no establezca ninguna disposición sobre el seguimiento de sus recomendaciones incrementa la debilidad de las decisiones de la Comisión y le resta facultades, a juicio de la doctrina, en comparación con otros órganos de naturaleza judicial. Vid. SAAVEDRA ÁLVAREZ, op. cit., p. 686.

¹⁵ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights; párrafo 6 del Preámbulo y artículo 1. El Protocolo fue adoptado en Ouagadougou, Burkina Faso, el 10 junio de 1998 y con entrada en vigor el 25 enero de 2004. Ha sido ratificado hasta la fecha por 30 Estados de la UA. La Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos tiene su sede en Arusha, Tanzania.

Heyns ha recogido las diversas razones que han explicado el por qué únicamente la Carta estableció la Comisión y no la Corte como órgano responsable para supervisar su cumplimiento. Por un lado, se ha argumentado que esta fórmula concuerda mejor con la manera tradicional de resolución de los conflictos en África, que tiende más a la mediación y conciliación que a la judicialización de los casos; y, por otro lado, una explicación más política que atribuye esta decisión a los Estados miembros recelosos de ver mermada su recién lograda soberanía por un tribunal supranacional. Vid. HEYNS, op. cit., p. 602.

¹⁶ La elección de jueces y las primeras sesiones de la Corte se celebraron en julio de 2006, con un considerable retraso respecto a su constitución, al igual que la aprobación de su Reglamento, que también fue muy tardía. Vid. Protocol to the African Charter..., cit. supra, artículo 11; Rules of Court, 2 junio de 2010, que reemplazan a las aprobadas el 20 de junio de 2008. Disponibles en: <http://en.african-court.org/> (18/04/2019). La primera Sentencia dictada por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se produjo el 15 de diciembre de 2009, en el asunto *Michelot Yogogombaye Vs. República de Senegal*, y suscitó numerosas críticas en cuanto a la verdadera eficacia de los tribunales encargados de la protección de los derechos humanos. La sentencia se produce a consecuencia de la demanda interpuesta por un particular contra la República de Senegal. En ella el tribunal declara que carece de jurisdicción para conocer el asunto al no haber aceptado la República de Senegal la competencia del tribunal para conocer de las demandas individuales. Vid. *In the Matter of Michelot Yogogombaye versus The Republic of Senegal*, Application No. 001/2008, párrafo 46.

Una de las circunstancias que ha servido para explicar el retraso en el funcionamiento de la Corte es el proceso de fusión iniciado en 2004 de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de la Corte Africana de Justicia, ésta última nacida del Acta Constitutiva de la Unión Africana. El instrumento de esta fusión es el Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice

expreso de su jurisdicción por parte de los Estados para conocer las demandas individuales que se les presenten por la violación de los derechos humanos constituye en la práctica un auténtico obstáculo para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción contenciosa, ya que hasta el momento únicamente siete Estados le han reconocido esta competencia¹⁷. Por otro lado, las facultades que el Protocolo atribuye a la Corte, en orden a la admisión de las denuncias individuales o la remisión a la Comisión, y la posibilidad de elegir -una vez admitida la denuncia- el arreglo amistoso de la controversia entre las partes, suponen, a nuestro juicio, factores que diluyen la fuerza y efectividad de este órgano judicial como garante de los derechos humanos¹⁸. A juicio de Odimba la idea de establecer un órgano judicial conlleva un avance significativo en la protección de los derechos humanos que aminora de alguna manera las deficiencias del procedimiento ante la Comisión, al menos en lo que respecta a la carencia de fuerza vinculatoria de sus decisiones. Sin embargo, los autores señalan el incierto futuro de la Corte por la falta de voluntad política de los Estados, la OUA y la Unión Africana para ponerla en marcha¹⁹.

En definitiva, además del enfoque limitado de los derechos de la mujer y la “asociación diabólica” de éstos con la defensa de los valores familiares y las tradiciones comunitarias, hay otros aspectos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que, en nuestra opinión, debilitan la protección de los derechos de las mujeres.

and Human Rights adoptado en julio de 2008, y que aún no ha entrado en vigor ya que a fecha 18/04/2019 sólo lo han ratificado 7 Estados y se requieren al menos 15 ratificaciones. La fusión, basada al parecer en criterios de ahorro económico, está resultando problemática y polémica, y está dificultando considerablemente la puesta en marcha del nuevo Tribunal. De hecho, esta fusión ha sido interpretada por muchos autores como un intento de dilatar en el tiempo la puesta en funcionamiento de este órgano judicial, cuestionando la verdadera voluntad de los Estados africanos de establecer un tribunal de estas características. Hasta que la fusión de ambos tribunales no se haga efectiva, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos continúa ejerciendo sus competencias y completando el mandato de la Comisión Africana en relación con la protección de los derechos humanos y de los pueblos. *Vid.* Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, adoptado el 1 julio de 2008, artículo 9; y Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, aprobado el 27 de junio de 2014 y que aún no ha sido ratificado por ningún Estado miembro de la UA. Disponibles en: <http://www.au.int/en/treaties> (18/04/2019).

¹⁷ Protocol to the African Charter, cit. supra, artículos 5 y 34. Hasta el momento han presentado una declaración conforme a lo previsto en el artículo 34.6 los siguientes países: Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Benin y Costa de Marfil. Para Fernández Casadevante, de la redacción del art. 5.3 del Protocolo cuando utiliza la expresión “*The Court may...*”- se desprende que el Protocolo configura la técnica de las denuncias individuales como una facultad que el Tribunal puede otorgar, a diferencia de otros tratados internacionales sobre derechos humanos que no permiten esta discrecionalidad. *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *El sistema africano...*, op. cit., p. 195.

¹⁸ Protocol to the African Charter, cit. supra, artículos 6 y 9. Esta posibilidad de arreglo amistoso ha sido destacada como un rasgo distintivo del Protocolo frente a otros tratados homólogos de derechos humanos. *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *El sistema africano...* op. cit., p. 196.

¹⁹ *Vid.* ODIMBA, op. cit., p. 143; CASTILLO DAUDÍ, op. cit., p. 275; LAKARRA ETXEBARRIA, op. cit., p. 18.

Estas “sombras” del tratado tienen que ver con el funcionamiento de los dos mecanismos de protección de derechos humanos del sistema africano: la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

2.- EL PROTOCOLO SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN ÁFRICA, PROTOCOLO DE MAPUTO.

Los derechos de las mujeres en África²⁰, se ven afectados de forma particular por los conflictos armados, las tradiciones y costumbres, la prevalencia del VIH, la dificultad de acceso a la educación y la violencia basada en su género. Aunque los estudios e investigaciones sobre violencia contra las mujeres son escasos, algunos de ellos ponen de manifiesto la prevalencia de los asesinatos “por honor” de mujeres en Jordania²¹; el llamado femicidio íntimo en Sudáfrica -que alcanza el índice más alto en

²⁰ Los países africanos presentan altos índices de discriminación y violencia basada en su género como ponen de manifiesto, entre otros, los siguientes informes: 2016 Human Development Report, pp. 206 y ss.; “The Africa Competitiveness Report 2017” elaborado por World Economic Forum; SIGI 2019 (Índice de Género e Instituciones Sociales) elaborado por la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico); y Fact Sheet: Africa Human Development Report 2016 “Accelerating gender equality and women’s empowerment in Africa”, United Nations Development Programme, 2016, p. 3. Los informes destacan que aunque los Estados africanos han adoptado marcos legales internacionales y regionales sobre derechos humanos y derechos de las mujeres, existe una gran brecha entre la teoría y la práctica. Los instrumentos legales son necesarios pero no suficientes ante los sistemas paralelos que representan las tradiciones y costumbres. Estas leyes consuetudinarias crean un auténtico obstáculo para la igualdad de género. Los informes pueden consultarse en <https://www.weforum.org/reports>; <https://www.genderindex.org/ranking/>; <http://www.undp.org/> (últimas consultas 18/04/2019).

En el sector de la economía, las mujeres tienen muy poco control sobre los recursos económicos y dificultades de acceso al crédito, aún siendo *el motor de África* por su alta participación en la producción económica, tal y como afirma la Fundación Mujeres por África. Según datos de la FAO, las mujeres africanas producen el 80% de los alimentos y representan el 60% de la fuerza laboral en el sector agrícola. El 70% de quienes realizan actividades de comercio transfronterizo informal, son mujeres. El 85% de los propietarios de la tierra son hombres frente al 15% de mujeres propietarias. Vid. FAO: “The State of Food and Agriculture. Women in Agriculture. Closing the gender gap for development”, 2010-2011, pp. 118 y ss. Disponible en <http://www.fao.org/docrep/013/i2050e/i2050e.pdf> y <http://mujeresporafrica.es/content/desarrollo%20econ%C3%B3mico> (últimas consultas 18/04/2019).

²¹ HUSSEINI, R.: “Asesinatos “por honor” en Jordania”, en “Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción”, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organization (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 119-125. Según el estudio las razones para el asesinato de mujeres en Jordania pueden ser: la reclamación económica o por causa de la herencia; haber sido víctima de una violación o incesto; quedar embarazada fuera del matrimonio; mantener una relación ilegítima o extramarital; contraer matrimonio en contra de los deseos de la familia; haber sido vista hablando con un hombre que no es miembro de la familia; huir del hogar; ser sorprendida en un burdel; o ser víctima de rumores o sospechas por lo mencionado anteriormente. En estos casos los perpetradores más comunes de estos asesinatos son los hermanos, los padres, los hijos, los primos o sobrinos, los tíos, las madres y las hermanas. Cada año ocurren aproximadamente 20 asesinatos por honor y el 99% de ellos se cometen contra mujeres. El Código Penal jordano (artículos 97 y 98) brinda clemencia a los asesinos cuando estipula que una persona que comete un crimen en un arranque de ira causado por un acto ilícito por parte de la víctima puede obtener una pena reducida.

el mundo²²; la violencia sexual, en particular el uso de la violación como arma de guerra en zonas de conflictos armados²³; la prevalencia de la ablación o mutilación genital femenina (MGF) y de otras prácticas tradicionales nocivas como, por ejemplo, la prueba de la virginidad, el denominado “sexo seco”, el secuestro o matrimonio forzado y la *ukengena*²⁴.

La atribución neutra de los derechos humanos que hace la Carta de Banjul no resulta suficiente para proteger los derechos de las mujeres y atender a sus necesidades específicas muy afectadas por un contexto general de discriminación y violencia basada en su género. El revulsivo que supuso la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 propició la aprobación de un Protocolo adicional a la Carta de cuya redacción se encargó la Relatora Especial sobre los Derechos de las Mujeres en África²⁵. El texto del Protocolo de los Derechos de las Mujeres en África, denominado

²² MATHEW, S.: “Cada seis horas”: femicidio íntimo en África del Sur” en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organization (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 51- 57. Estudio retrospectivo con datos obtenidos sobre homicidios de personas del sexo femenino a partir de los 14 años en Sudáfrica durante 1999. Los resultados de este primer estudio nacional que explora científicamente las dimensiones del problema del femicidio íntimo y los factores que se le asocian demuestran que este país tiene el índice reportado de femicidio íntimo más alto en el mundo. El femicidio íntimo es la forma más extrema de violencia en el seno de la pareja y está vinculada con los niveles de desigualdad de género en Sudáfrica.

²³ En palabras del ginecólogo congolés Denis Mukwege, galardonado con el Premio Sajarov 2014 y el Nobel de la Paz 2018, en África “el cuerpo de la mujer se ha convertido en un campo de batalla... violar es un arma barata, accesible y muy destructiva. El doctor Mukwege atiende a niñas y mujeres mutiladas y violadas en la República Democrática del Congo y hace un llamamiento a la comunidad internacional para luchar contra la impunidad de estos delitos denunciando que la violación a las mujeres y niñas se ha convertido en una estrategia de guerra eficaz. En 2011, tres mujeres compartieron el Premio Nobel de la Paz: la presidenta de Liberia, Ellen Johnson-Sirleaf, la también liberiana Leymah Gbowee y la yemení Tawakkul Karman, por su lucha por los derechos de las mujeres y su participación en las tareas de pacificación. Vid. <http://www.europarl.europa.eu/news/es/>; <http://www.euroxpress.es/noticias/el-nobel-de-la-paz-a-tres-mujeres-que-luchan-por-sus-derechos-y-por-el-cambio-social> (últimas consultas 18/04/2019).

²⁴ La mutilación genital femenina (MGF) es una práctica con una prevalencia actual en al menos 29 países del continente africano. Se calcula que 125 millones de mujeres y niñas están sometidas a esta práctica, según datos de UNICEF. Vid. UNICEF “Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change”, 22 de julio 2013. Disponible en: http://www.unicef.org/media/files/FGCM_Lo_res.pdf (última consulta 18/04/2019). El denominado “sexo seco” consiste en la desecación de la vagina con sustancias químicas para favorecer el placer del hombre y la *ukengena* consiste en hacerse cargo de una viuda por un pariente masculino del marido sin el consentimiento de ésta.

²⁵ En el seno de la Comisión Africana se constituyó en 1998, la Relatoría Especial sobre los Derechos de la Mujer en África, mecanismo específico de protección de los derechos de la mujer, que sirve como punto de referencia para la promoción y protección de sus derechos, ayudando a los gobiernos africanos en el desarrollo de sus políticas en esta materia. La Relatoría Especial realiza el seguimiento de la aplicación de la Carta Africana de Derechos Humanos y su Protocolo relativo a los derechos de la mujer en África; lleva a cabo estudios sobre la situación de los derechos de las mujeres en diversos países de África; se encarga de definir las directrices para la presentación de los informes a los que están obligados los Estados; y colabora con las instituciones y organismos responsables de la promoción y protección de los derechos de las mujeres de ámbito internacional, regional y nacional. Vid. ACHPR/Rés.

Protocolo de Maputo, fue adoptado en 2003 y ha sido ratificado hasta la fecha por 40 Estados miembros de la UA²⁶. A pesar de que el Protocolo de Maputo no es un texto específicamente elaborado para eliminar la violencia contra la mujer, sino para reconocer sus derechos, recoge referencias importantes a muchas formas de violencia contra la mujer y ofrece una valiosa protección frente a estas, en particular frente a las prácticas nocivas, que define de una manera muy amplia.

La parte dispositiva del Protocolo enumera una serie de derechos -muchos de ellos ya reconocidos por la Carta de Banjul- y atribuye su titularidad a las mujeres y a las niñas, ya que el texto se encarga de aclarar en su artículo 1 que el término “mujeres” se refiere a las personas de sexo femenino, incluyendo a las niñas. Un punto de similitud con el Convenio de Estambul que incluye también a éstas en su ámbito de aplicación. El texto reconoce, pues, el derecho a la igualdad ante la ley -en el matrimonio y las relaciones familiares-, a la participación política, a la educación, al bienestar económico y social, a la salud y los derechos reproductivos, a la seguridad alimentaria, a una vivienda adecuada, a un contexto cultural positivo, a un ambiente sano y al desarrollo sostenible²⁷.

Por otra parte, el Protocolo otorga especial protección a ciertos grupos de mujeres especialmente vulnerables, en particular, las viudas, las mujeres de edad avanzada, las mujeres con discapacidad, las mujeres pobres, las mujeres pertenecientes a grupos marginados y las mujeres embarazadas. Los Estados se comprometen a garantizar a estas mujeres una protección específica contra la violencia, incluido el abuso sexual, y los tratos inhumanos, humillantes o degradantes. También el Protocolo extiende su protección a las mujeres en los conflictos armados. En estos casos, los Estados se comprometen a proteger a las mujeres solicitantes de asilo, refugiadas y desplazadas internas de toda forma de violencia, violación y otras formas de explotación sexual, así como, a asegurar que tales actos sean considerados crímenes de guerra,

38(XXXVIII)99, 1999, Resolución adoptada en la 23ª sesión ordinaria celebrada en Banjul, Gambia, abril de 1998, y <http://www.achpr.org/fr/mechanisms/rights-of-women/about/> (última consulta 18/04/2019).

²⁶ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Protocolo de Maputo), adoptado en Maputo (Mozambique) el 11 julio de 2003 con entrada en vigor 25 noviembre de 2005. A fecha 18/04/2019 ha sido ratificado por 40 Estados miembros de la UA. La cláusula sobre el matrimonio constituye el principal factor de desacuerdo para la firma del documento.

²⁷ Protocolo de Maputo, cit. supra, artículos 6 a 19.

genocidio o crímenes de lesa humanidad y que sus autores sean llevados ante la justicia²⁸.

Con respecto a cada uno de los derechos reconocidos en el tratado, los Estados han de adoptar medidas para garantizar su protección y su efectividad. Si bien, en muchos casos el Protocolo no contempla una exigibilidad inmediata de su cumplimiento ni una obligación de la inclusión de estos derechos en instrumentos legislativos, salvo, el caso del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres que el Protocolo exige se incluya en las constituciones nacionales y otros instrumentos legislativos con el fin de eliminar la discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica.

Conforme al Protocolo, todas las formas de discriminación contra la mujer deben ser eliminadas, aunque el texto pone el foco en las prácticas nocivas que ponen en peligro la salud y el bienestar de la mujer. A tenor del artículo 1 las prácticas nocivas se refieren a “todo tipo de comportamientos, actitudes o prácticas que afectan negativamente a los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas, como su derecho a la vida, la salud, la dignidad, la educación y la integridad física”²⁹. Un concepto amplio que supone un avance importante con respecto a otros instrumentos universales que no son tan prolijos en la definición. Como medida para poner fin a la discriminación que subyace en estas prácticas, el Protocolo recoge el compromiso de los Estados de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres basados en la idea de la inferioridad o superioridad de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres a través de la educación y de la información³⁰. Más explícito aún, el artículo 5 del texto, dirigido en exclusiva a la eliminación de este tipo de prácticas, establece la obligación de los Estados de prohibir y condenar todas las formas de prácticas nocivas mediante la adopción de medidas que deben incluir: la

²⁸ *Ibidem*, artículos 11 y 20 a 24. En relación con las mujeres refugiadas, el sistema regional africano dispone de una Convención de 1969 que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, pero no reconoce que la persecución por motivos de sexo sea suficiente para acceder a la condición de refugiada, ni tampoco tiene en cuenta los aspectos singulares de las experiencias de las mujeres en su condición de refugiadas. Lo que introduce esta Convención es una definición de refugiado más amplia que la establecida en la Convención de Ginebra, considerando refugiado a “toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”. *Vid.* Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969). Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1, 14 691, artículo 1.2. Un análisis de este artículo en las Directrices número 12 del ACNUR, HCR/GIP/16/12, de 2 de diciembre de 2016, párrafos 44 a 60.

²⁹ Protocolo de Maputo, cit. supra, artículo 1.

³⁰ *Ibidem*, artículo 2.

creación de una conciencia pública; la prohibición, a través de leyes que incorporen sanciones, de todas las formas de Mutilación Genital Femenina, se practiquen o no de forma medicalizada; el apoyo a las víctimas a través de servicios de salud y legales; y la protección de las mujeres que estén en riesgo de ser sometidas a estas prácticas³¹. La preocupación por la discriminación y las prácticas nocivas que sufren las mujeres en África se recoge en el propio Preámbulo del tratado que confirma su persistencia a pesar de que la mayoría de los Estados han ratificado los instrumentos internacionales que las prohíben³².

Por otro lado, el artículo 3 del texto reconoce el derecho a la dignidad y protege a la mujer contra toda forma de violencia, en particular, la violencia sexual y verbal. El artículo 4 reconoce el derecho a la vida, la integridad y seguridad personal y prohíbe la explotación, los tratos crueles, inhumanos o degradantes y todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo el sexo no deseado o forzado, ya se produzca en lugar público o privado. Con la finalidad de proteger estos derechos, los Estados están obligados a promulgar y aplicar leyes que prohíban la violencia contra la mujer, y a adoptar medidas para su prevención, erradicación, castigo a los autores y protección a las víctimas³³. La violencia contra la mujer, por su parte, es definida en el Protocolo conforme a los estándares universales. Así, según su artículo 1 se entiende por violencia contra la mujer:

“todos los actos perpetrados contra las mujeres que causen o puedan causarles daño físico, sexual, psicológico y daño económico, incluida la amenaza de tomar tales actos; o para llevar a cabo la imposición de restricciones arbitrarias o privación de las

³¹ *Ibidem*, artículo 5.

³² *Ibidem*, párrafos 2, 3, 5 y 11 del Preámbulo.

³³ *Ibidem*, artículo 4. Los Estados deben tomar medidas apropiadas para promulgar y aplicar leyes que prohíban todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo el sexo no deseado o forzado, tanto en el ámbito público como privado. Asimismo deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y económicas para garantizar la prevención, sanción y erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer; identificar las causas y consecuencias de la violencia contra la mujer; promover la educación para la paz y eliminar elementos tradicionales y culturales, creencias, prácticas y estereotipos que legitiman la violencia contra la mujer; castigar a los autores de la violencia contra las mujeres y poner en práctica programas para la rehabilitación de las mujeres víctimas; establecer mecanismos y servicios para la rehabilitación y reparación a las víctimas; prevenir y condenar la trata de mujeres; procesar a los autores de la trata y proteger a las mujeres con mayor riesgo; prohibir experimentos médicos sobre la mujer sin su consentimiento informado; garantizar que no se lleven a cabo condenas de muerte a mujeres embarazadas o en lactancia; proporcionar recursos presupuestarios para aplicar las acciones encaminadas a prevenir y erradicar la violencia contra la mujer; y garantizar igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el acceso a la condición de refugiado.

libertades fundamentales en la vida privada o pública en tiempos de paz y en situaciones de conflicto armado o de guerra”

Se trata de un concepto amplio, similar al consensuado en los instrumentos universales más recientes, que incluye el daño económico y que es aplicable tanto a situaciones de paz como de conflicto armado.

Podemos decir, por tanto, que el Protocolo de Maputo contempla un amplio catálogo de medidas destinadas a hacer efectiva la dignidad de las mujeres y su derecho a la vida y a la integridad, recogiendo de manera integral todos los elementos necesarios que contribuyen a la erradicación de la violencia contra la mujer -prohibición, prevención, sanción y protección- en cualquiera de los ámbitos en la que ésta se produzca, público o privado. Por otro lado, el Protocolo se muestra contundente y efectivo al exigir a los Estados expresamente medidas legislativas y sancionadoras para la erradicación de las prácticas nocivas, de forma que el texto se convierte en el primer instrumento internacional –el Convenio de Estambul que también criminaliza la MGF fue aprobado posteriormente- que regula de forma expresa la MGF y promueve su prohibición y sanción a través de leyes nacionales, lo que representa un avance considerable en un continente caracterizado precisamente por ser uno de los más afectados por este tipo de prácticas. Desde esta perspectiva, el tratado, aunque no se haya aprobado específicamente para combatir la violencia contra la mujer, es un texto muy valioso que refuerza la protección de la integridad de las mujeres en el Derecho Internacional.

Además de ser pionero en la exigencia de leyes nacionales que prohíban y sancionen la MGF, el Protocolo de Maputo lo es también en el reconocimiento y regulación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer como aspectos comprendidos dentro de su derecho general a la salud. Así, el artículo 14 reconoce expresamente el derecho de la mujer a controlar su fertilidad; el derecho a decidir si tener hijos o no, el número de éstos y su espaciamiento; el derecho a la autoprotección y a ser protegido contra las infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH; el derecho a ser informada sobre el propio estado de su salud y el de su pareja; y el derecho a la planificación familiar. Los Estados deben velar por el respeto y promoción de estos derechos, y deben adoptar medidas apropiadas para proporcionarles servicios de salud adecuados y accesibles, autorizando el aborto médico en casos de abuso sexual, violación, incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud física y mental de la madre o la vida del feto. Este artículo ha convertido al Protocolo de

Maputo en uno de los textos internacionales de derechos humanos más avanzados en el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, lo que explica la oposición del Vaticano, de otras creencias cristianas y de los musulmanes al texto³⁴. En nuestra opinión, el hecho de que los Estados estén obligados a adoptar medidas para proteger los derechos reproductivos de la mujer autorizando el aborto médico en casos de violación y otras formas de agresión sexual, constituye un avance considerable en la protección de las mujeres frente a la violencia, pese a la oposición de influyentes sectores religiosos que subordinan los derechos de las mujeres a sus propias creencias personales.

El artículo 14 es importante no sólo por el poder que otorga a las mujeres en orden a decidir sobre su propia fertilidad y sexualidad, sino también por la garantía de su derecho a la protección frente al VIH y demás enfermedades de transmisión sexual y de su derecho a la información sobre su estado de salud y el de su pareja. Es de sobra conocida la alta tasa de prevalencia del VIH en las mujeres africanas y la discriminación y violencia que sufren por esta causa³⁵. Sin embargo, la realización del derecho contemplado en esta disposición no es exigible de manera inmediata a los Estados pues éstos únicamente están obligados a adoptar medidas adecuadas para llevarlo a efecto³⁶. A propósito de esta falta de exigibilidad, Fagbongbe considera que el Protocolo debería haber incluido obligaciones vinculantes para los Estados mediante disposiciones específicas relativas a la no discriminación, la igualdad ante la ley, y el derecho a acceder a servicios de asistencia sanitaria para proteger a las mujeres injustamente discriminadas por su estado de VIH. Si se hubieran incluido tales disposiciones -afirma

³⁴ Varias organizaciones no gubernamentales africanas, como la Coalición Solidaridad para los Derechos de las Mujeres Africanas (SOAWR) o Igualdad Ya, trabajan para garantizar la ratificación del Protocolo y su incorporación al derecho interno de las naciones africanas. *Vid.* <http://www.soawr.org/content/protocol-watch> (última consulta 18/04/2019).

³⁵ Según la Comisión Africana, las mujeres en el África Subsahariana están en un riesgo desproporcionado de infección por el VIH, constituyen el 59 por ciento de las personas que viven con VIH en la región. *Vid.* General Comments on Article 14 (1) (d) and (e) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, 2012, párrafos 3 y 9. Disponible en: <http://www.achpr.org/instruments/general-comments-rights-women/> (última consulta 18/04/2019).

³⁶ Es ilustrativo el caso acaecido en Sudáfrica en 2002 en relación con la dispensación del medicamento Nevirapine a las madres infectadas del VIH que el Ministerio de Salud sudafricano se negó a seguir facilitando por falta de recursos económicos. Ante la demanda presentada por la ONG "Campaña de Acción para el Tratamiento" contra el gobierno de Sudáfrica, la Corte Constitucional falló requiriendo al gobierno que sin demora removiera las restricciones que impedían que la nevirapine estuviera disponible en los hospitales y clínicas, y permitiera y facilitara el uso de nevirapine a fin de reducir el riesgo de transmisión madre-hijo/a del VIH. *Vid.* Constitutional Court of South Africa. Case CCT 8/02, 5 julio de 2002, párrafo 135, y <http://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/ministerio-de-salud-y-otros-v-campana-de-accion-por-el-tratamiento-y-otros-tac-case> (última consulta 18/04/2019).

la autora- los Estados estarían obligados a demostrar que han hecho todo lo posible, dentro de las limitaciones de los recursos disponibles, para realizar el derecho protegido, y los tribunales nacionales se verían reforzados en sus pronunciamientos judiciales³⁷.

En cuanto a los mecanismos de control de la aplicación del Protocolo, el texto únicamente contempla la rendición de cuentas a través de los informes periódicos que deben presentar conforme al artículo 62 de la Carta de Banjul, que deben incluir información sobre la aplicación del Protocolo³⁸. El Protocolo, pues, no considera la posibilidad de presentación de informes estatales específicos, ni la posibilidad de interponer denuncias interestatales o denuncias individuales por sus incumplimientos. Tampoco prevé la creación de ningún órgano propio que lleve a cabo este control ni atribuye a la Comisión Africana facultades para ello. En cambio, sí otorga competencias a la Corte Africana en el artículo 27 para conocer de todos los litigios relativos a la interpretación del Protocolo. Resulta significativo, a nuestro juicio, los escasos mecanismos de control previstos en el texto, el nulo papel que se le otorga a la Comisión Africana, y la debilidad de las medidas que se establecen para asegurar el cumplimiento de los derechos de las mujeres en África.

3.- LA LABOR DE LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.

A pesar de que el Protocolo de Maputo no menciona a la Comisión Africana ni le atribuye facultad alguna de control, este órgano ha tenido ocasión de interpretar su contenido en base a las competencias generales que le otorga la Carta de Banjul para fijar principios y resolver problemas jurídicos relacionados con los derechos humanos. Lo podemos comprobar a través de las Observaciones Generales, y de las diversas Resoluciones que inciden en los derechos de las mujeres y su protección frente a la violencia³⁹.

En las Observaciones Generales de 2012, enfocadas principalmente en el VIH por su efecto desproporcionado sobre las mujeres de África, la Comisión orienta a los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 14 del

³⁷ Vid. FAGBONGBE, op. cit., p. 211-213.

³⁸ Protocolo de Maputo, cit. supra, artículo 26.

³⁹ Las Resoluciones de la Comisión están disponibles en: <http://www.achpr.org/resolutions/> (última consulta 18/04/2019).

Protocolo, relativo a la salud y los derechos reproductivos, proporcionando los estándares internacionales y las mejores prácticas a la hora de aplicar esta disposición⁴⁰. Pese a tratarse de normas de *soft law*, las propias Observaciones afirman que los Estados están obligados a cumplir lo dispuesto en el artículo 14 en el sentido que aclaran y con la extensión que determinan, ya que, de lo contrario se consideraría una violación del mismo artículo 14 del Protocolo⁴¹. En estos documentos se fija el contenido normativo del derecho de la mujer a la autoprotección y a estar protegida del VIH, así como, el derecho a ser informada sobre el propio estado de salud y el de su pareja, señalando a los Estados la línea a seguir para hacerlos efectivos. De forma genérica los Estados deben respetar, proteger, promover y realizar estos derechos tomando medidas para la eliminación de las desigualdades de género, las prácticas tradicionales, las actitudes y políticas discriminatorias que constituyen barreras para su disfrute. De forma específica los Estados deben adoptar medidas para facilitar a las mujeres el acceso a la información y a la educación y el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; así como, la habilitación de un marco jurídico y político propicio para que las mujeres puedan hacer efectivos sus derechos sexuales y reproductivos⁴².

Además de las Observaciones, las Resoluciones de la Comisión, también de naturaleza no vinculante, completan los estándares jurídicos africanos, orientan la actuación de los Estados y ponen de manifiesto la concienciación sobre los derechos de las mujeres y su protección frente a la violencia. Entre ellas, podemos mencionar la Resolución número 283 referida a la situación de mujeres y niños en los conflictos armados⁴³, que alude a las múltiples violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el contexto de los conflictos armados del continente, en particular, la violencia sexual y de género en sus formas de violación, esclavitud y mutilación sexual, así como, la

⁴⁰ Vid. General Comments on Article 14 (1) (d) and (e) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, adoptadas en 2012; párrafo 1, y General Comment No. 2 on Article 14.1 (a), (b), (c) and (f) and Article 14. 2 (a) and (c) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, adoptadas en 2014.

⁴¹ Vid. General Comments on Article 14 (1) (d) and (e)..., cit. supra, párrafo 5 del Prefacio y párrafos 50 y 51 del contenido normativo.

⁴² Vid. General Comments on Article 14 (1) (d) and (e)..., cit. supra, párrafos 10 a 19. Obligaciones generales de los Estados en párrafos 20 a 24; Obligaciones específicas de los Estados en párrafos 25 a 45. Los Estados están obligados a financiar los servicios públicos para la prevención y tratamiento de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, así como a garantizar los mecanismos de reparación en caso de violación de estos derechos. *Ibidem*, párrafos 46 a 49.

⁴³ Vid. Comisión Africana, 283 Resolution on the Situation of Women and Children in Armed Conflict, Adopted at the 55th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights held in Luanda, Angola, from 28 April to 12 May 2014. En el plano más institucional, la UA adoptó en 2009 un plan regional sobre mujeres, paz y seguridad, incorporando las grandes líneas del programa del Consejo de Seguridad. Vid. African Union Gender Policy, Rev. 2/Fev. 10, 2009.

utilización de las mujeres y niños como táctica de guerra. La Comisión afirma que los crímenes de violencia sexual a menudo se definen como delitos contra la moral o el honor en vez de delitos contra la integridad física de la víctima, resultando sus autores impunes. Para poner fin a estas situaciones, la Comisión insta a los Estados a que adopten medidas para condenar, prevenir y reparar estos actos de violencia, investigar eficazmente los delitos de violencia sexual y de género, enjuiciar y castigar a los responsables, y garantizar a las víctimas el derecho a una justa y equitativa reparación y rehabilitación.

La Resolución número 284 sobre la eliminación de la violencia sexual contra las mujeres en la República Democrática del Congo⁴⁴, insta a las autoridades congoleñas a aplicar las disposiciones del Protocolo de Maputo y a condenar los actos de violencia sexual cometidos por grupos armados contra las mujeres y niños. En concreto, pide al gobierno congoleño que tome medidas para facilitar el acceso a la justicia de las mujeres y niñas para poner fin a la impunidad y asegurar que los autores y cómplices de los actos de violencia sexual y otras formas de violencia de género cometidas por grupos armados sean enjuiciados ante los tribunales congoleños dentro de un plazo razonable. Expresamente condena la resolución dictada por el Tribunal Militar en Goma Kivu Norte -cuyas decisiones son inapelables- absolviendo a 36 de los 39 miembros de las fuerzas armadas de la RDC acusados de cometer actos de violencia sexual en Minova.

La Resolución número 288, dirigida a la República Árabe de Egipto, condena los actos de violencia sexual y otras formas de violencia de género contra las mujeres que ejercían sus derechos en la plaza de Tahrir con motivo de la celebración del 2º aniversario de la revolución de 2011. La Comisión pide al gobierno de Egipto que ponga fin a la impunidad de los autores de estos actos, y tome medidas para facilitar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de esta violencia, así como para acelerar la ratificación y asegurar el cumplimiento del Protocolo de Maputo⁴⁵. Y, por otro lado, la

⁴⁴ Vid. Comisión Africana, 284: Resolution on the Suppression of Sexual Violence against Women in the Democratic Republic of Congo, adopted at the 55th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights held from 28 April to 12 May 2014 in Luanda, Angola. La Comisión manifiesta su preocupación por la persistencia y el aumento de los casos de violencia sexual y otras formas de violencia de género perpetrados por grupos armados y miembros de las fuerzas armadas congoleñas contra las mujeres y las niñas, especialmente en la parte oriental de la República Democrática del Congo. En particular, por la violación en masa perpetrada por miembros de las FARDC contra cientos de mujeres y niñas en los alrededores de Minova en noviembre de 2012.

⁴⁵ Vid. Comisión Africana, 288: Resolution Condemning the Perpetrators of Sexual Assault and Violence in the Arab Republic of Egypt, adopted at the 16th Extraordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights held from 20 to 29 July 2014 in Kigali, Rwanda. La Comisión manifiesta su

Resolución número 292, dedicada al matrimonio infantil, contempla éste como una práctica nociva, una de las más comunes en los países africanos, a pesar de la ratificación por la mayoría de los Estados de África de instrumentos jurídicos que la prohíben⁴⁶.

En definitiva, podemos señalar cuatro aspectos del sistema africano que provienen de la aprobación del Protocolo de Maputo y que nos resultan un avance para el Derecho Internacional contemporáneo. El primero, la exigencia a los Estados de la adopción de medidas legislativas que prohíban y sancionen en su Derecho interno las prácticas nocivas contra las mujeres y las niñas, particularmente la MGF que afecta de manera desproporcionada al continente africano. El segundo, la regulación y desarrollo de los derechos reproductivos y sexuales de la mujer. El tercero, la incorporación en un texto convencional de la protección específica de las viudas y otros grupos de mujeres especialmente vulnerables a sufrir violencia basada en su género. Y, el cuarto, la importante labor de la Comisión Africana de Derechos Humanos en el establecimiento de los estándares jurídicos africanos, a pesar de que el Protocolo no le otorga ninguna función de control. Pero, el Protocolo de Maputo presenta debilidades que merman su eficacia y que tienen que ver principalmente con la falta de exigibilidad inmediata a los Estados de la realización de los derechos reconocidos y los escasos y laxos mecanismos de control de su aplicación, entre los que no se contempla la posibilidad de denuncias individuales por su incumplimiento ante la Comisión Africana ni ante la Corte Africana. A todo ello hay que sumar la falta de voluntad política y la actitud de los Estados que no se han responsabilizado lo suficiente para impedir las violaciones de los derechos de las mujeres dejando de aplicar las normas y estándares jurídicos aprobados por el sistema regional. Estamos de acuerdo con Fagbongbe cuando afirma que una financiación adecuada del sistema africano junto con la voluntad política de los gobiernos nacionales

preocupación por la violencia sexual persistente y generalizada y otras formas de violencia que se producen desde el 2011 contra las mujeres en general y en particular contra las mujeres que ejercen su derecho a manifestarse, así como por la impunidad de los perpetradores de dicha violencia y violaciones de los derechos de las mujeres en Egipto.

⁴⁶ *Vid.* Comisión Africana, 292: Resolution on the Need to Conduct a Study on Child Marriage in Africa, Done at the 16th Extraordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights held from 20 to 29 July 2014 in Kigali, Republic of Rwanda. La Comisión decide mediante esta Resolución realizar un estudio sobre el matrimonio de los niños en África que cubrirá los siguientes países: Camerún, República Democrática del Congo, Kenia, Malí, Mauritania, Malawi, Mozambique, Sudáfrica, Gambia y Uganda.

de aplicar las normas internacionales son elementos indispensables para mejorar los derechos de las mujeres en este continente⁴⁷.

⁴⁷ *Vid. FAGBONGBE, op. cit., p. 216.*

**CAPÍTULO IX.- LA REGIÓN DE ASIA Y EL PACÍFICO:
ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE
DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA ASEAN.**

1.- ANÁLISIS GENERAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ASIA Y EL PACÍFICO

A diferencia de otras regiones del mundo, la región Asia-Pacífico no cuenta con un tratado internacional que regule los derechos de las mujeres, prohíba las manifestaciones de violencia contra ellas y proteja, en consecuencia, su integridad física y moral. Únicamente el sistema regional de la ASEAN dispone de algunos instrumentos específicos destinados a poner fin a diversas manifestaciones de violencia contra la mujer, si bien, todos ellos son de carácter recomendatorio. La gran laguna del Derecho Internacional en esta materia es una de las razones que llevan a las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer a defender la necesidad de aprobar en el ámbito de Naciones Unidas un instrumento vinculante de carácter universal específico sobre esta materia, que contemple, además, la creación de un organismo de supervisión independiente¹.

Esta situación jurídica contrasta con la realidad de una de las regiones más castigadas por la violencia contra la mujer en todas sus formas, como se han encargado de denunciar diversos organismos y organizaciones de derechos humanos. Así, los informes de Amnistía Internacional destacan la violencia y abusos sufridos por las mujeres y niñas, en forma de discriminación por motivos de género y de violaciones de sus derechos, siendo la impunidad uno de los rasgos característicos de la región. En concreto, en India sigue siendo generalizada la discriminación y la violencia por motivos de casta, y las castas dominantes continúan infligiendo violencia sexual a las mujeres y a las niñas *dalit* y *adivasis*. En este país, las costumbres y tradiciones nocivas prevalecen. Algunos estudios han estimado que cada año 25.000 novias son asesinadas o mutiladas en el mundo a resultas de las disputas sobre la dote². En Nepal, las niñas y mujeres ven limitada su capacidad de controlar su sexualidad y de tomar decisiones con respecto a la reproducción, con dificultades para oponerse a los matrimonios forzosos y

¹ Vid. Informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: A/HRC/23/49, 14 de mayo de 2013, cit. supra; A/HRC/26/38, cit. supra, párrafos 76 y 77; y A/HRC/11/6/Add.5 "15 years of the United Nations Special Rapporteur..." cit. supra, párrafos 68 y 69, 71 y 72.

² VIRENDRA KUMAR, M.D.: "Muertes por dote (quema de la novia) en la India" en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organization (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 127-135; p. 128. La quema de mujeres por razones de la dote en la India es un problema que está presente en todos los estratos sociales y áreas geográficas. Cuando no se cumple la tradición de entrega de la dote, los esposos y parientes pueden asesinar a la mujer prendiéndole fuego, o acosarla física y psicológicamente para forzar a su familia a cumplir esta tradición. El Buró Nacional de Registros Criminales de la India (NCRB en sus siglas en inglés) ha informado de 7.618 casos de muertes por dote en 2006.

precoces. En Papúa Nueva Guinea se suceden los casos de homicidios de mujeres y niñas acusadas de brujería sin que el gobierno tome medidas efectivas para su prevención³. En Afganistán, 1 de cada 11 mujeres muere durante el parto y el 80% de ellas son forzadas a casarse. En Pakistán, alrededor de 1.000 mujeres y niñas al año son víctimas de crímenes de honor mientras que el 90% sufren violencia diaria en sus hogares⁴.

Al vacío normativo en materia de protección de la integridad de las mujeres, hay que sumar el hecho de que la región de Asia-Pacífico dispone de escasísimos instrumentos para la promoción y protección de los derechos humanos en general. La mayoría de ellos son normas de *soft law* no vinculantes⁵. Muntarbhorn ofrece hasta ocho razones diferentes para explicar la ausencia de un instrumento vinculante sobre derechos humanos en esta extensa parte del mundo: 1) la falta de voluntad política; 2) la heterogeneidad que caracteriza la región; 3) la suspicacia de muchos países respecto de

³ Vid. Amnistía Internacional, Informe 2017/18 “La situación de los derechos humanos en el mundo”; Perspectiva Regional Asia y Oceanía, p. 41 y ss. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/countries/asia-and-the-pacific/report-asia-pacific/> (última consulta 18/04/2019). Según el informe, los aspectos más destacados son: la impunidad, las desapariciones forzadas, la situación de refugiados y migrantes, la discriminación por motivos de género, la pena de muerte y la situación de conflicto armado. La impunidad es uno de los principales problemas en numerosos países de Asia y Oceanía caracterizados por una arraigada y crónica pasividad a la hora de garantizar la justicia y la rendición de cuentas por violaciones y abusos de derechos humanos. En Myanmar el ejército estuvo acusado de violaciones de derechos humanos, incluidas violaciones y otros delitos de violencia sexual, que quedaron impunes; en India los grupos armados siguieron perpetrando abusos contra la población civil; en Tailandia continuó la violencia armada en las tres provincias meridionales; en Afganistán se incrementó la inseguridad, la insurgencia y la delincuencia proveniente de los talibanes y otros grupos armados, así como de las fuerzas progubernamentales, sin que rindieran cuentas por sus homicidios. Como ejemplos ilustrativos, el informe señala las decisiones del Tribunal Supremo de la India que, aunque prohibió la práctica del *triple talaq* (divorcio islámico instantáneo), otros fallos judiciales socavaron la autonomía de las mujeres, por ejemplo, la inaplicación de una ley promulgada para defender a las mujeres contra la violencia en el seno del matrimonio. En Myanmar las fuerzas de seguridad lanzaron una campaña selectiva de limpieza étnica contra la población *rohingya* que incluyó homicidios, violaciones y quema de poblaciones, constitutivos de crímenes de lesa humanidad. Amnistía Internacional señala otras formas graves de violaciones de los derechos humanos en la región de la ASEAN: la explotación de víctimas de la trata de personas, refugiados y solicitantes de asilo; los abusos contra los derechos humanos de los trabajadores migrantes; la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; las ejecuciones extrajudiciales; las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario en el contexto de los conflictos armados; las restricciones a la libertad de expresión, reunión y asociación; y la falta de atención hacia los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades marginadas. Vid. Amnistía Internacional, Declaración pública, “ASEAN: Los derechos humanos en la Carta y más allá de la Carta”, Índice AI, ASA 01/009/2007, Servicio de noticias: 225/07, 21 noviembre de 2007, p. 1.

⁴ Afganistán, India y Pakistán son tres de los cinco peores lugares del mundo para ser mujer, conforme a datos contrastados por diversos organismos internacionales y ONGs. Vid. Las listas de esglobal: “Los cinco peores lugares para ser mujer”, 5 de octubre de 2011, Publicado por esglobal <https://www.esglobal.org/la-lista-los-5-peores-lugares-para-ser-mujer/> (última consulta 18/04/2019).

⁵ CARVAJAL CONTRERAS, M.: “Los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXVI, núm. 265, enero-junio 2016, pp. 395-416, p. 408 y ss.

las actividades de defensa de los derechos humanos y su defensa del principio de soberanía nacional; 4) la primacía de la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo; 5) la identificación de los derechos humanos como un concepto occidental; 6) la aplicación de dobles estándares en la aplicación global de los derechos humanos que desmienten su universalidad e indivisibilidad; 7) el rechazo de la política de la condicionalidad y el respeto a los derechos humanos en las relaciones comerciales y ayuda al desarrollo; y 8) las peculiaridades de la región - expresadas bajo la denominación de los “valores asiáticos”- que pueden entrar en conflicto con los estándares universales de derechos humanos⁶. Con respecto a los denominados “valores asiáticos”, que influyen en la ausencia de un marco normativo protector, estos resultan, como han señalado algunos autores, poco favorables a la protección y promoción de los derechos humanos en general, y de los derechos de las mujeres en particular⁷. Nieto advierte sobre el debate en torno a estos valores que no puede ser calificado como una modernidad alternativa que contribuya a la igualdad de género⁸.

La ausencia de un instrumento jurídico vinculante sobre derechos humanos en esta extensa zona del mundo –que marca definitivamente la diferencia con Europa, América y África- no significa la ausencia absoluta de actividades e iniciativas para la defensa de los derechos, la mayoría de ellas promovidas por los mecanismos universales de derechos humanos -principalmente la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos- y por las organizaciones de la sociedad civil. Entre estas iniciativas destacan la Carta Asiática de Derechos Humanos de 1998, presentada por varias organizaciones de derechos humanos de la zona, y la iniciativa de la

⁶ MUNTARBHORN, V.: “Hacia un sistema de protección de los derechos humanos en Asia y Pacífico”, MILÁ MORENO y GÓMEZ ISA (trad.), en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, MILÁ MORENO y GÓMEZ ISA (trad.), GÓMEZ ISA, F. (dir.), PUREZA, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 623-635; pp.623-624. El autor señala como características de la región las infracciones claves de los derechos humanos, la escasez de democracia y la persistencia de una profunda desigualdad económica, así como la amenaza de proliferación de armas nucleares y de otras armas de destrucción masiva. En opinión de Gladys Nieto, la defensa de unos valores regionales asiáticos se ha venido perfilando como ofensiva de un relativismo cultural en el ámbito internacional de las discusiones de Naciones Unidas sobre derechos humanos. La idea de que la región asiática mantiene valores distintos al individualismo de Occidente es la que se esgrime para limitar la aplicación de los derechos humanos en esta región y para cuestionar su universalidad. NIETO, G.: “Los límites a los “valores asiáticos”: derechos humanos y equidad de género en China” en *Mujeres, Globalización y Derechos Humanos*, Virginia Maquieira (ed.), 2006, pp. 293-344, pp. 293 y ss.

⁷ ARP, B.: “La nueva Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN: ¿un avance global de derechos humanos o un tigre sin dientes? [20] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2010); pp. 1- 25.

⁸ Vid. NIETO, op. cit. p. 337.

Asociación de Parlamentarios Asiáticos para la Paz, que desde 2001 está trabajando en la elaboración de una Carta de Derechos Humanos para las Naciones Asiáticas, que reflejan el empuje del movimiento de derechos humanos en la región⁹.

En un ámbito subregional podemos mencionar dos tratados aprobados por la Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional (SAARC) que inciden en los derechos y la protección de las mujeres y las niñas: la Convención para la prevención y lucha contra el tráfico de mujeres y niños para la prostitución y la Convención que promueve el bienestar del niño en el Sur de Asia¹⁰. La Convención sobre la trata incluye unos compromisos muy reducidos en materia de protección de las víctimas e incluye una noción de trata que se limita únicamente a los fines de prostitución. Para los autores este instrumento refleja poca consideración por los derechos, intereses y necesidades de las víctimas. Swagata Raha afirma que la Convención combina la trata de mujeres con la de los niños y el tratamiento similar de ambos deriva en medidas sobreprotectoras, que necesariamente inciden en las libertades que disfrutaban las mujeres adultas¹¹.

En el ámbito de los países árabes, podemos citar la Carta Árabe de Derechos Humanos adoptada por la Liga de los Estados Árabes¹². Este texto, sin embargo, ha recibido numerosas críticas por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por su regulación de los derechos de las mujeres alejada de los estándares jurídicos internacionales. Así, el artículo 3.3 de la Carta hace referencia a la igualdad de derechos de hombres y mujeres “en el marco de la Sharia islámica, otras leyes divinas y las leyes e instrumentos jurídicos aplicables”¹³. El artículo 33.2, por su parte, establece que el Estado “y la sociedad” garantizarán la

⁹ La Carta Asiática de los Derechos Humanos surge por iniciativa de varias ONGs y fue lanzada en Kwangju, Corea del Sur el 17 de mayo de 1998. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/asa01/002/1998/es/> (última consulta 18/04/2019).

¹⁰ SAARC Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution; Katmandú, 5 enero de 2002; SAARC Convention on Promotion of Welfare of Children, Katmandú, 5 enero de 2002. Ambas disponibles en: <http://saarc-sec.org/about-saarc> (última consulta 18/04/2019).

¹¹ RAHA, S: “Study of the SAARC convention as an initiative to combat trafficking in South Asia” en *Development Bulletin* 66, 2004, pp. 83 - 86. Según la autora, para que la convención sea eficaz necesita incorporar una cláusula de no discriminación que prohíba y castigue todas las formas de discriminación contra las víctimas, además, debe eximir a las víctimas de trata de ser procesadas por infracciones de inmigración. Sin la inclusión de estas disposiciones las mujeres estarán expuestas a una doble victimización, p. 85. Véase también: MILANO, *Protección de las víctimas de trata...*, op. cit., p. 11.

¹² La Carta Árabe de Derechos Humanos fue adoptada por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes en la Resolución 5437/1994, de 15 de septiembre de 1994. La Carta entró en vigor en 2008, tras la ratificación de los Emiratos Árabes Unidos. Vid. Arab Charter on Human Rights League of Arab States, May 22, 2004, reprinted in 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005). Texto disponible en: <http://al-bab.com/documents-section/documents-human-rights> (última consulta 18/04/2019).

¹³ *Ibidem*, artículo 3.

protección de la familia, el fortalecimiento de los lazos familiares, la protección de sus miembros y la prohibición de toda forma de violencia o abuso en las relaciones entre sus miembros, y en particular contra las mujeres y los niños¹⁴. Ambos artículos, efectivamente, como ha indicado el Alto Comisionado de Derechos Humanos, chocan frontalmente con los estándares internacionales por su referencia a la ley islámica como medida de la igualdad entre mujeres y hombres, y por la atribución a la sociedad de la protección de las mujeres y los niños frente a la violencia y abusos que puedan sufrir en sus relaciones familiares. Estas disposiciones, no obstante, pretenden ser matizadas con lo previsto en el artículo 43 de la Carta, que establece que ninguna de las disposiciones del texto puede interpretarse con menoscabo de los derechos y libertades protegidos por las leyes nacionales de los Estados o los que establecen los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que éstos hayan adoptado o ratificado¹⁵. Sobre el papel de la mujer en el mundo árabe, Feliu afirma que en el orden familiar este papel se vincula con la esencia del “ser marroquí, o argelino o jordano” y “ser musulmán”, y que resulta sorprendente observar que el debate sobre la discriminación sexual tienda a situarse en el ámbito de la “problemática familiar” y no dentro de un marco amplio de problemas civiles y socio-políticos¹⁶.

El sistema regional que sin duda ha iniciado un acercamiento más efectivo a la creación de un auténtico sistema de protección de derechos humanos es la ASEAN, que estudiaremos a continuación.

2.- EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL MARCO DE LA ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL SUDESTE ASIÁTICO (ASEAN).

La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) -cuya población total suma alrededor de 634 millones de personas-, no contemplaba en sus orígenes la protección de los derechos humanos, centrándose en la cooperación intergubernamental¹⁷. Ni siquiera, con la firma de uno de los primeros tratados de la

¹⁴ *Ibídem*, artículo 33.2.

¹⁵ *Ibídem*, artículo 43.

¹⁶ FELIU, L.: “El movimiento feminista y los derechos de la mujer en el mundo árabe” en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VIII, 2007, Universidad del País Vasco, pp. 95-117, p. 96.

¹⁷ La ASEAN se constituyó en 1967. Los objetivos con los que nace la ASEAN están relacionados con el desarrollo económico, social y cultural, la paz y estabilidad de la región, y la colaboración y asistencia

región, el Tratado de Amistad y Cooperación, encargado de regular las relaciones entre los Estados miembros, se incluyeron compromisos en relación con el respeto y la promoción de los derechos humanos, insistiendo el tratado, básicamente, en la no injerencia en los asuntos internos como eje central de los compromisos¹⁸. Sin embargo, la celebración de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993 y la inevitable globalización empujó a los gobiernos de la región a dar un paso significativo en esta materia¹⁹. Así, en la 26ª Reunión Ministerial de la ASEAN, celebrada en Singapur, los Estados acordaron que la organización debía adoptar un enfoque común de los derechos humanos, y contribuir activamente a su aplicación, promoción y protección, siguiendo la estela de la Carta de Naciones Unidas como instrumento central en la materia²⁰. Matizaron, no obstante, sus pretensiones para priorizar el derecho al desarrollo frente a los derechos humanos, enfatizando la aplicación de los principios de soberanía nacional, integridad territorial y no interferencia en los asuntos internos como ejes en la protección y promoción de los derechos humanos²¹. Como afirma Arp, quedó claro desde el primer momento que los Estados de la ASEAN no atribuían a los derechos humanos un valor superior a otros principios del Derecho Internacional, en particular, la soberanía nacional y la no injerencia en los asuntos internos²². Esta visión

mutua entre los países que conforman la organización. The Asean Declaration (Bangkok Declaration) Bangkok, agosto 1967, artículo segundo. En la actualidad, la ASEAN está formada por 10 países del Sudeste Asiático: Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia, Brunéi, Vietnam, Laos, Myanmar y Camboya. Papúa Nueva Guinea tiene estatuto de país observador y Corea del Sur tiene un estatuto especial. Los países miembros de la organización junto con Japón, Corea del Sur y China forman el foro denominado “ASEAN más tres”. Los textos y documentos principales de la organización están disponibles en la web oficial: www.asean.org

¹⁸ El Tratado de Amistad y Cooperación recoge los principios que rigen las relaciones entre los Estados miembros de la ASEAN: respeto mutuo a la independencia e integridad territorial; derecho de cada Estado a una existencia libre de injerencias externas; no interferencia en los asuntos internos del otro; resolución de conflictos por medios pacíficos; renuncia al uso de la fuerza y cooperación efectiva. *Vid.* Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia, 24 de febrero 1976, Artículo 2.

¹⁹ *Vid.* ARP, op. cit., p. 3.

²⁰ Tras el pronunciamiento hecho en Singapur, los derechos humanos han tenido alguna presencia en los Programas y Planes de Acción formulados por la ASEAN. Por ejemplo, el Plan de Acción de Hanoi (1997-2004) incluía medidas para reforzar la colaboración de la ASEAN a fin de combatir el tráfico y la violencia contra las mujeres y niños. *Vid.* 1998 Ha Noi Plan of Action, adopted by the Heads of State/Government at the 6th ASEAN Summit in Ha noi, Viet Nam on 15 December 1998: IV. Promote Social Development and Address the Social Impact of the Financial and Economic Crisis 4.5 “Strengthen ASEAN collaboration in combating the trafficking in, and crimes of violence against, women and children.”

²¹ *Vid.* Joint Communique of the Twenty-Sixth ASEAN Ministerial Meeting Singapore, 23-24 July 1993; párrafo 17.

²² *Vid.* ARP, op. cit., p. 4. Para el autor se formuló, además, la misma concepción de los derechos humanos que en el sistema africano, caracterizado por enfatizar la existencia de derechos cuyos titulares son las comunidades de personas y no cada individuo en sí mismo. Esta concepción puede conllevar el riesgo de fragmentar el ordenamiento internacional que protege a las personas en Derecho Internacional al limitar su vigencia universal.

y concepción de los derechos humanos, cuya defensa se conjuga con otros principios internacionales será clave para comprender el sistema de protección de la ASEAN, e impregna todos los instrumentos e instituciones creadas para la defensa de los derechos humanos en general, y de los derechos de las mujeres, en particular, como veremos más adelante.

El desarrollo de la ASEAN²³ culminó en 2006 con la constitución de la Comunidad ASEAN, organización internacional con personalidad jurídica propia que persigue la cooperación política, económica y sociocultural con un compromiso con los derechos humanos. Su Carta fundacional introduce por primera vez en la región el compromiso por escrito de la promoción y defensa de los derechos humanos, tanto en el Preámbulo del texto como en su parte dispositiva, aunque conjuga la protección de estos derechos con el respeto a los principios de seguridad, igualdad, integridad territorial, no interferencia, consenso y unidad en la diversidad²⁴. A nuestro juicio, este obligado equilibrio en la defensa de los derechos humanos, que tiene que ver con el valor que los Estados de la región otorgan a los principios de seguridad y no injerencia en sus asuntos internos, introduce ambigüedad y límites en la protección efectiva de los derechos humanos, que llegado el caso podría subordinarse en favor de otros derechos y responsabilidades de los Estados. Con ello se vuelve a poner de manifiesto uno de los aspectos nucleares que ha marcado la vida de la ASEAN desde sus inicios, y que evidencia una voluntad de evitar otorgar primacía a los derechos humanos sobre otros principios del Derecho Internacional.

La visión de los derechos humanos matizada por el interés preferente por otros principios y valores²⁵ se traslada a la toma de decisiones y resolución de controversias

²³ En la 9ª Cumbre de la ASEAN de 2003, los líderes de la organización acordaron el establecimiento de la Comunidad ASEAN conforme al Programa de Acción de Vientiane que establecía las pautas del proceso de nacimiento y desarrollo de la nueva Comunidad, que se fundaría sobre tres pilares: el político y de seguridad, el económico y el sociocultural. Dentro del primer pilar se incluyen los derechos humanos. Respecto a los derechos humanos, el Programa de Acción disponía que los Estados debían crear una red de cooperación entre las instituciones nacionales de derechos humanos de los Estados miembros; promover y fomentar las cuestiones de derechos humanos; redactar un instrumento de la ASEAN para la protección y protección de los derechos de los trabajadores migrantes; y crear una Comisión de la ASEAN para la promoción y protección de los derechos de las mujeres y los niños. *Vid.* ASEAN Security Community, Vientiane Action Programme (VAP) 2004-2010, artículo 1.

²⁴ Charter of the Association of Southeast Asian Nations, Singapur el 20 de noviembre de 2007, párrafos 7 y 8 del Preámbulo, artículos 1 y 3. Arp llama la atención sobre la similitud de esta formulación con la contenida en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, tras la modificación de Lisboa (DOUE núm. 115, 9 de mayo de 2008). *Vid.* ARP, op. cit. p. 7.

²⁵ El consenso y la unanimidad representan valores claves para los miembros de la ASEAN con los que pretenden adquirir una identidad regional y una imagen de unidad ante la comunidad internacional, intención que se ve reflejada en el mismo lema de la Comunidad: “*One Vision, One Identity, One Community*”. *Vid.* Charter of the Association of Southeast Asian Nations, cit. supra, artículos 35 y 36.

en el seno de los órganos que conforman la estructura organizativa de la Comunidad ASEAN, así como, a la labor de interpretación y aplicación de la Carta, que debe hacerse mediante la consulta, negociación y consenso²⁶. Uno de los órganos que forma parte de esa estructura organizativa²⁷ es la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos constituida en 2009 como mecanismo de protección de estos²⁸. La Comisión es un órgano gubernamental y tiene naturaleza consultiva. Sus miembros, por tanto, no son independientes, como es habitual en este tipo de órganos, y deben seguir las directrices de su respectivo gobierno ante el que deben responder y del que pueden recibir la revocación de su mandato en cualquier momento²⁹. Estas dos características determinan la operatividad y el alcance de sus actuaciones, y han sido valoradas por la doctrina como lastres para su efectividad. En opinión de Arp, el Estatuto de la Comisión es relativamente limitado si se compara con otros mecanismos regionales existentes en Europa, América y África, lo que le ha llevado a afirmar que la Comisión no es un fin en sí mismo, sino un proceso evolutivo dirigido a reforzar progresivamente la protección de los derechos humanos³⁰. Efectivamente, el Estatuto de la Comisión relaciona hasta catorce funciones específicas de ésta, si bien, de su lectura se deduce un marcado acento en el fomento y promoción de los derechos humanos más que en la protección de estos³¹. A la Comisión ni siquiera se le otorga la posibilidad de realizar algo similar a una revisión periódica de la situación de los derechos humanos en los

²⁶ *Ibidem*, artículos 20 a 26 y artículo 51. Las controversias en última instancia se resuelven por el órgano político de mayor nivel de la ASEAN -ASEAN Summit-, compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros. El Protocolo de Ha Noi de 2010 regula los mecanismos de resolución de conflictos sobre la interpretación o aplicación de la Carta y de cualquier otro instrumento jurídico de la organización, cuando las disputas no se puedan solucionar de mutuo acuerdo entre los países afectados: las consultas, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y el arbitraje, estableciendo en sus Anexos las normas de procedimiento de cada uno de estos mecanismos. *Vid.* Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms, Hanoi, Vietnam, 8 de abril de 2010, artículos 6, 7 y 8.

²⁷ Los órganos de la ASEAN son: ASEAN Summit, ASEAN Coordinating Council, ASEAN Community Councils, ASEAN Sectoral Ministerial Bodies, Secretary-General of ASEAN and ASEAN Secretariat, Committee of Permanent Representatives to ASEAN, ASEAN National Secretariats, ASEAN Human Rights Body, ASEAN Foundation. *Vid.* Charter of the Association of Southeast Asian Nations, cit. supra, Chapter IV Organs, artículos 7a 15.

²⁸ *Ibidem*, artículo 14. La puesta en funcionamiento de la Comisión tuvo lugar durante la 15ª Cumbre de los Estados miembros de la ASEAN celebrada en Cha-am Hua Hin, en el curso de la cual se adoptó una Declaración política que impulsaba su puesta en marcha y aprobaba su Estatuto. *Vid.* Cha-Am Hua Hin Declaration on the Intergovernmental Commission on Human Rights; ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (Terms of Reference), 2009.

²⁹ *Vid.* Terms of Reference of the ASEAN Intergovernmental Commission, cit. supra, artículos 3 y 5.1.

³⁰ *Vid.* ARP, op. cit., p. 14.

³¹ *Vid.* Terms of Reference of the ASEAN Intergovernmental Commission, cit. supra, artículo 4. Entre estas funciones destacan: la elaboración de estrategias; el desarrollo de actividades de promoción y concienciación pública; la provisión de servicios y asistencia técnica; la obtención de información de los Estados miembros de la ASEAN sobre la promoción y protección de los derechos humanos; y la presentación de un informe anual de actividades para su presentación en la reunión de ministros de la ASEAN.

Estados miembros de la ASEAN, lo que limita enormemente su poder como auténtico mecanismo de defensa y protección de los derechos humanos³². Por otro lado, las disposiciones que regulan los objetivos de la Comisión, sus principios de actuación y la toma de decisiones, vuelven a poner de manifiesto la importancia que le otorga la ASEAN a la soberanía nacional, la no injerencia en los asuntos internos y otros principios relacionados, que se sitúan en el mismo plano de relevancia jurídica y política que los derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³³. En nuestra opinión, la obligatoriedad del consenso en la toma de decisiones abre una espita en el sistema de protección de derechos puesto que da lugar a que cada Estado pueda rechazar, mediante su veto, cualquier cuestión que se plantee sobre abusos o violaciones de derechos que se estuvieran cometiendo en su territorio. Por tanto, este procedimiento, que en principio pudiera tener un aspecto positivo en cuanto que imprime una fuerza irresistible a las decisiones adoptadas mediante el acuerdo de todos, puede resultar diabólico, a nuestro juicio, en materia de derechos humanos, ya que permite frenar y vaciar de contenido la obligación de protección de los derechos humanos. En definitiva, la actitud de cooperación y no confrontación que debe perseguir la Comisión es fiel reflejo de la peculiaridad de esta región que busca el consenso y la negociación por encima de cualquier otro valor superior como es la defensa de los derechos humanos.

En 2010, al poco de constituirse la Comisión de Derechos Humanos, la ASEAN estableció la Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños (ACWC) como institución específica encargada de la defensa de los derechos de ambos colectivos³⁴. Esta Comisión, también de carácter intergubernamental

³² *Vid.* ARP, op. cit., pp. 17-18.

³³ Los objetivos de la Comisión -todos ellos con un marcado carácter de promoción más que de protección de los derechos humanos- se deben llevar a cabo sin perder de vista las particularidades nacionales y regionales, el respeto mutuo a las diferencias históricas, culturales y religiosas, y la mejora de la cooperación regional en materia de derechos humanos. Los principios que deben regir la actuación de la Comisión coinciden con los generales que rigen para toda la organización: principio de independencia, igualdad, integridad e identidad nacional y principio de no interferencia en los asuntos internos; a los que se suman otros específicos de derechos humanos, como el respeto a su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación, y la responsabilidad principal de cada Estado miembro de la ASEAN en la tarea de la promoción y protección de los derechos humanos. La toma de decisiones dentro del seno de la Comisión se lleva a cabo a través del procedimiento de consulta y consenso. Esta regla implica la intervención del máximo órgano político -los Jefes de Estado y de Gobierno- cuando alguna cuestión de derechos humanos no se puede resolver por este mecanismo del consenso, lo que acentúa el carácter gubernamental de la Comisión. *Vid.* Terms of Reference of the ASEAN Intergovernmental Commission, cit. supra, artículos 1, 2 y 6.

³⁴ The ASEAN Commission on the Promotion and the Protection of the Rights of Women and Children (ACWC). Su Estatuto fue aprobado por la ASEAN Socio-Cultural Community (ASCC) Council el 7 de abril de 2010. Su primer encuentro oficial tuvo lugar en febrero de 2011. La Comisión está compuesta por 20 representantes, 2 por cada Estado miembro de la ASEAN. La organización casi desde sus orígenes ha constituido Comités específicos sobre las mujeres. A raíz de la Conferencia de Mujeres de la ASEAN de

y naturaleza consultiva, comparte los mismos principios y fundamentos que la Comisión de Derechos Humanos³⁵. A la Comisión de los Derechos de las Mujeres y los Niños tampoco se le otorgan facultades de revisión o de investigación de la situación de estos derechos en los Estados miembros de la ASEAN, ni facultades de resolución de demandas individuales por su violación. Su mandato y funciones consisten básicamente en actividades de promoción, concienciación, capacitación, asistencia y desarrollo de políticas y programas. El Estatuto de la Comisión aboga por la ratificación de la Convención CEDAW y la Convención sobre los Derechos de los Niños por parte de todos los Estados miembros de la ASEAN³⁶. Si bien, debemos recordar que, únicamente Camboya, Filipinas, y Tailandia han ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW. La alusión del Estatuto a la aplicación de los principales instrumentos internacionales y a los estándares universales en la materia, contrasta con las referencias reiteradas a la consideración de las particularidades históricas, políticas, socioculturales, religiosas y económicas de la región en la promoción y protección de los derechos de las mujeres y niños.

Por tanto, los mismos escollos que señalábamos en cuanto al funcionamiento y toma de decisiones de la Comisión de Derechos Humanos se repiten para esta Comisión. Un aspecto que nos gustaría señalar y que a nuestro juicio tiene una especial trascendencia es la defensa conjunta de los derechos de las mujeres y los niños por un mismo órgano, asimilando ambos colectivos de la misma manera que lo hacían los textos internacionales de principios del siglo XX. La concepción de la defensa de los derechos de las mujeres junto con la de los niños corre el peligro de restar importancia a

1975, se constituyó un Subcomité sobre las Mujeres (ASW) denominado más adelante Programa de las Mujeres de la ASEAN (AWP), que fue reestructurado posteriormente e incluido en 2002 en el Comité de las Mujeres de la ASEAN (ACW). La Comisión de la ASEAN para la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños (ACWC) fue concebida en el Programa de Acción de Vientiane de 2004 (VAP) e incluida dentro del plan de construcción de la Comunidad ASEAN ("The Roadmap for the ASIAN Community (2009-2015). La Declaración de Cha-am Hua Hin de 2009 anunció la puesta en marcha de esta Comisión y la adopción de su Estatuto. *Vid.* <https://humanrightsinasean.info/asean-commission-rights-women-and-children/about.html> (última consulta 18/04/2019).

³⁵ Terms of Reference (TOR) of The ASEAN Commission on the Promotion and the Protection of the Rights of Women and Children (ACWC), Background, artículos 1, 2, 4, 5 y 7. Son fines de la Comisión: la promoción de la estabilidad y armonía en la región, a través de relaciones de amistad y cooperación entre los Estados miembros; la promoción de la participación de las mujeres y niños; el incremento de la cooperación regional e internacional; y la defensa de los derechos humanos de las mujeres conforme prescriben los instrumentos internacionales. La Comisión funciona a través de Planes periódicos de Trabajo. Desde su constitución ha mantenido reuniones periódicas en las que se han tratado diversas temáticas: la eliminación de la violencia contra la mujer; las múltiples formas de discriminación de las mujeres; la igualdad de género y la educación; el tráfico de mujeres; los matrimonios infantiles y la salud reproductiva; la participación de las mujeres en la política y en la toma de decisiones; las mujeres afectadas por el VIH; las mujeres y los desastres naturales; la feminización de la pobreza.

³⁶ *Ibidem*, artículo 1.1.

los derechos de las mujeres como colectivo que merece una atención independiente y específica, desdibujando el reconocimiento de los derechos de las mujeres, tal y como se ha ido configurando en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los últimos años. Desde este punto de vista, puede representar una involución en la protección internacional de los derechos de las mujeres.

Las lagunas de la Carta de la ASEAN en materia de derechos humanos -el tratado no incorpora una relación de derechos reconocidos, por ejemplo- serán suplidas por un texto de naturaleza no vinculante, la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN aprobada en 2012³⁷, que codifica los derechos que los Estados deben respetar, promover y proteger y que coinciden básicamente con los previstos en los instrumentos jurídicos similares, con el matiz añadido de las peculiaridades nacionales de la región que deben tenerse en cuenta a la hora de abordar la promoción y protección de estos derechos³⁸. La Declaración de derechos recoge dos únicas referencias explícitas a los derechos de las mujeres, además del principio de igualdad y no discriminación por motivos de género³⁹. Así, por un lado, el artículo 4 confirma que los derechos de las mujeres forman parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos; y, por otro, el artículo 19 declara la igualdad de hombres y mujeres a la hora de casarse, fundar una familia o disolver el matrimonio⁴⁰. Por tanto, la protección ofrecida por la Declaración a los derechos de las mujeres es muy limitada y reducida, sin consideración de las manifestaciones de violencia contra la mujer prevalentes en la región.

Otros instrumentos de la ASEAN, también de carácter no vinculante, intentan, sin embargo, dar respuesta a las necesidades de protección de las mujeres. Uno de los primeros instrumentos que se adoptaron con este fin fue la Declaración para el Avance

³⁷ ASEAN Human Rights Declaration, aprobada el 19 de noviembre de 2012 por los Jefes de Estado y de Gobierno de la ASEAN en Phnom Penh, Camboya, párrafos 2, 3 y 5 del Preámbulo. La Declaración consta de 40 artículos en los que se recogen unos principios generales, la relación de los derechos civiles y políticos, la relación de los derechos económicos, sociales y culturales, la regulación del derecho al desarrollo y del derecho a la paz, y la cooperación en la materia.

³⁸ *Ibidem*, artículo 7 y artículos 10 a 38. Lo más novedoso de la Declaración, en relación con otros instrumentos similares, es la regulación autónoma del derecho al desarrollo y el derecho a la paz. Específicamente la Declaración contempla los siguientes derechos civiles y políticos: derecho a la vida, libertad personal y seguridad, prohibición de cualquier forma de esclavitud y tráfico de personas, prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, libertad de circulación y residencia, derecho de propiedad, derecho a la nacionalidad, presunción de inocencia, derecho a la vida privada y familiar, libertad de religión, de opinión y expresión, derecho a la participación política. En cuanto a los derechos económicos sociales y culturales, la Declaración señala: el derecho al trabajo, la prohibición de explotación económica y social de los niños, derecho a un nivel de vida adecuado, derecho al más alto estado de salud física, mental y reproductiva, derecho a la seguridad social, derecho a la educación, y derecho a la cultura.

³⁹ *Ibidem*, artículos 1 y 9.

⁴⁰ *Ibidem*, artículos 4 y 19.

de las Mujeres de 1988⁴¹, que sirvió de base para la adopción de otras posteriores como la Declaración de Jakarta sobre eliminación de la violencia contra las mujeres, la Declaración de Vientiane contra el tráfico de personas, en particular mujeres y niños, y la Declaración de Cebu sobre la protección y promoción de los derechos de los trabajadores migratorios.

En particular, la Declaración de Jakarta sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres en la región de la ASEAN, adoptada en 2004, se inspira en los instrumentos universales elaborados por las Naciones Unidas -la DEVAW y la Convención CEDAW-acercándose a los estándares internacionales sobre la materia. Los compromisos de los Estados se concretan en la adopción de un enfoque integral sobre la violencia contra las mujeres, la promulgación o enmienda de la legislación nacional con objeto de prevenir la violencia, la adopción de medidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el fortalecimiento de la colaboración entre los países en esta materia⁴². Como complemento y refuerzo de esta Declaración se adoptó en 2013 otro texto similar, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres y los Niños, que con más amplitud de miras que el anterior, ofrece una respuesta a todas las formas de violencia, abuso y explotación, no sólo de mujeres sino también de los niños, especialmente de los que se encuentran en situaciones más vulnerables⁴³. Los Estados se comprometen a adoptar medidas que pretenden ser más efectivas para eliminar las formas de violencia más frecuentes en la región: medidas legislativas, de prevención y asistencia a las víctimas, de promoción de los derechos, de capacitación y formación de personal, de fortalecimiento de la investigación y

⁴¹ Declaration of the Advancement of Women in the ASEAN Region, Bangkok, Thailand, 5 July 1988; artículos 1 a 5. Mediante la Declaración los Estados adquirirían compromisos para el progreso de la situación de las mujeres de la región, a través del fortalecimiento de la cooperación, colaboración y coordinación regional. Esos compromisos consistían en la promoción de la participación de las mujeres en todos los campos (político, económico, social y cultural); la atribución a las mujeres de funciones como agentes activos del desarrollo de la región; la integración de preocupaciones específicas de las mujeres en los planes nacionales; la promoción de programas que involucrasen la participación de organizaciones no gubernamentales de mujeres; y el fortalecimiento de la solidaridad entre las mujeres.

⁴² Declaration on the Elimination of Violence Against Women in the ASEAN Region; Jakarta, Indonesia, 30 de junio de 2004, artículos 1 a 8.

⁴³ The Declaration on the Elimination of Violence Against Women and Elimination of Violence Against Children in ASEAN, Bandar Seri Begawan, Brunei, el 9 de octubre de 2013. Su Preámbulo hace referencia a las formas de violencia más frecuentes en la región: la violencia doméstica, la explotación sexual, la ciber- pornografía y ciber- prostitución, el tráfico de mujeres y niños, los matrimonios infantiles o la discriminación. También alude a la situación de mujeres y niños con discapacidad, a los afectados por el VIH, por desastres naturales o por conflictos armados; y a la situación de refugiados, apátridas, inmigrantes y grupos indígenas.

recopilación de datos, y de fortalecimiento de los lazos y cooperación con las Naciones Unidas y con la sociedad civil⁴⁴.

Además de estas normas de *soft law*, la región de la ASEAN dispone de un tratado específico que regula uno de los problemas que castiga especialmente a estos países y que afecta de manera particular a las mujeres: la trata. La Convención contra el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños adoptado en 2015 no representa un adelanto significativo respecto al Protocolo de Palermo porque reproduce casi literalmente sus disposiciones, pero, introduce una disposición protectora de los derechos de las víctimas que no aparece en ningún otro texto de Derecho Internacional y que se refiere a la identificación, no criminalización y no detención de las víctimas de trata⁴⁵. En este punto, para los autores, el tratado de la ASEAN representa un avance en relación con el resto de los tratados universales y regionales sobre la trata, si bien un avance puntual y de alcance limitado⁴⁶.

En definitiva, haciendo balance de los instrumentos e instituciones de derechos humanos establecidos por la Comunidad ASEAN podemos destacar lo siguiente. La Carta de la ASEAN presenta el aspecto positivo de haber incluido en una norma convencional el compromiso escrito del respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos. Por esta razón ha sido bien acogida en general por la doctrina y la comunidad internacional. Para algunos autores, la Carta representa una oportunidad para hacer frente a las deficiencias que la ASEAN arrastraba desde sus orígenes⁴⁷. Sin embargo, organizaciones como Amnistía Internacional han puesto de manifiesto sus dudas acerca de su realización, tachando este compromiso de gesto vacío si no se traduce en medidas concretas para abordar las violaciones graves de derechos humanos y en la creación de un órgano eficaz de protección de dichos derechos⁴⁸. En nuestra

⁴⁴ *Ibidem*, artículos 1 a 8.

⁴⁵ ASEAN *Convention Against Trafficking* ... cit. supra, artículo 14.

⁴⁶ Vid. MILANO, *Protección de las víctimas de trata...*, op. cit., p. 11. Sobre la problemática de la trata en el Sudeste asiático véase: RENSHAW, C.: "Human Trafficking in Southeast Asia: Uncovering the Dynamics of State Commitment and Compliance" en *Michigan Journal of International Law*, vol. 37, Núm. 4, 2016, pp. 610-659. Para la autora "that the global approach to human trafficking, applied in Southeast Asia, lacks legitimacy", p. 657. Véase también: GALLAGHER, A.T.: "A Shadow Report on Human Trafficking in Lao PDR: The U.S. Approach v. International Law" en *Asian and Pacific Migration Journal* Vol. 16 Iss. 1 (2007). Disponible en: https://works.bepress.com/anne_gallagher/4/ (última consulta 18/04/2019).

⁴⁷ SEVERINO RODOLFO, C.: "The ASEAN Charter: An opportunity not be missed", *UNISCI Discusión Papers*, nº 12, Octubre 2006, pp. 163-171, p. 164 y ss.

⁴⁸ Amnistía Internacional, Declaración pública, "ASEAN: Los derechos humanos en la Carta y más allá de la Carta", Índice AI, ASA 01/009/2007, Servicio de noticias: 225/07, 21 noviembre de 2007, p. 1.

opinión, el texto es básicamente un tratado organizativo y no se puede considerar un instrumento específico de derechos humanos, ya que ni siquiera recoge una relación de estos para su reconocimiento explícito, ni regula mecanismos para su protección.

La mera constitución de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN es un paso significativo hacia una verdadera globalización en materia de protección y promoción de los derechos humanos, ya que, gracias a su creación, el único continente que hasta entonces no contaba con un mecanismo regional de este tipo se suma a esta práctica internacional⁴⁹. Sin embargo, la mayoría de los autores y organismos internacionales señalan como motivos de preocupación: la ausencia de un mandato claro de protección, la ausencia de requisitos vinculantes de independencia y competencia de sus miembros, y el énfasis en las particularidades regionales y en el principio de no injerencia en los asuntos internos. A ello hay que sumar, el hecho de que la Comisión no esté facultada para investigar las violaciones de los derechos humanos de los Estados de la ASEAN ni para recibir denuncias individuales con las que hacer frente a estas violaciones.

Los rasgos característicos de la ASEAN y de su mecanismo de protección de derechos distancia a esta región del resto de sistemas regionales de Europa, América o África. Así, la ASEAN pone en marcha mecanismos en los que incluye necesariamente a todos los Estados de la organización, incluso a los más reacios a las cuestiones de derechos humanos, porque su objetivo es emprender acciones sin disensión que embarquen a todos los Estados y que lleve una sola voz a los foros internacionales. Por el contrario, los otros sistemas regionales optan por la elaboración de instrumentos jurídicamente vinculantes, que llevan aparejados mecanismos de control, a los que los Estados se van adhiriendo mediante su ratificación o adhesión. Para Arp, sólo el tiempo dirá si la metodología elegida por la ASEAN será eficaz en el campo de los derechos humanos⁵⁰. Por ahora, sin embargo, la realidad nos muestra ejemplos de su ineficacia como ocurrió en el caso de la masacre de Maguindanao, que no recibió respuesta por parte de la Comisión de Derechos Humanos⁵¹.

⁴⁹ Vid. ARP, op. cit., p. 24.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁵¹ El 23 de noviembre de 2009 fueron asesinadas 57 personas en Maguindanao cuando iban camino de la Comisión Electoral para presentar la candidatura de Mangudadatu a las elecciones de mayo de 2010. Algunas fueron violentamente decapitadas y las mujeres supuestamente violadas antes de ser asesinadas. Los indicios apuntan a que la familia Ampatuan, que en ese momento gobernaba en la provincia, estuvo implicada. Los familiares de 13 periodistas asesinados presentaron ante la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos una reclamación formal. Amnistía Internacional manifestó públicamente su decepción por la negativa de la Comisión a examinar las denuncias presentadas por víctimas, familiares y

La Comisión Intergubernamental de los Derechos de las Mujeres y los Niños adolece de las mismas limitaciones y sesgos que la Comisión de Derechos Humanos: su carácter intergubernamental, su naturaleza consultiva, el acento sobre las funciones de promoción más que de protección de derechos, la problemática derivada del método del consenso en la toma de decisiones, y el énfasis en las peculiaridades de la región a la hora de proteger los derechos de las mujeres.

Pero, lo que nos parece más preocupante y una limitación absoluta de la protección de los derechos humanos en general y de las mujeres, en particular, es la ausencia de un órgano judicial, un tribunal de derechos humanos, que garantice el respeto y protección de los derechos en la extensa región de la ASEAN.

Los pocos instrumentos que abordan específicamente la violencia contra las mujeres en la región de la ASEAN son normas de carácter vinculante. Estas normas de *soft law*, no obstante, tienen la virtualidad de acercar a la región a los estándares internacionales que rigen esta materia.

Así pues, el marco normativo, institucional y político de protección de los derechos humanos en la región de la ASEAN, y por extensión de toda la zona de Asia y el Pacífico, responde escasamente a las necesidades de protección que las mujeres requieren para hacer frente a las diversas formas de violencia basada en su género y convierten a esta región del mundo en la más desprotegida en esta materia. Uno de los vacíos que acentúan esta desprotección es la ausencia de un órgano judicial, un tribunal de derechos humanos, que garantice su respeto y protección en la extensa región de la ASEAN.

organizaciones de la sociedad civil en relación con este caso. *Vid.* Amnistía Internacional Declaración Pública, 30 de marzo de 2010, Índice AI: IOR 64/001/2010 “La Comisión de Derechos Humanos de la ASEAN tropieza en el primer obstáculo”. Disponible en: www.amnesty.org/ (última consulta 18/04/2019).

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA.- Desde fechas tempranas el Derecho Internacional se hizo eco de las violaciones de los derechos de las mujeres en dos temas puntuales: la represión de la trata con fines de explotación sexual y la esclavitud. Sin embargo, la regulación de ambas materias resultaba muy pobre e incompleta y no reparaba en las necesidades específicas de protección que requerían las mujeres víctimas de estas situaciones.

Tanto la trata como la esclavitud son fenómenos absolutamente contemporáneos que en sus diversas formas afectan de manera especial a las mujeres en todo el mundo. Algunas formas actuales de violencia contra la mujer constituyen lo que los autores han denominado la “esclavitud moderna”, o lo que algunos organismos de derechos humanos -entre ellos, el Comité de Derechos Humanos- han calificado de esclavitud encubierta en forma de servicios domésticos o servicios personales de otra índole. La regulación internacional vigente sobre la esclavitud adolece, a nuestro modo de ver, de lagunas importantes en cuanto a los supuestos que se consideran esclavitud y al control de las obligaciones de los Estados. Es necesaria una reformulación, clarificación y actualización del concepto de esclavitud para incorporar nuevas prácticas o costumbres que se consideran análogas a la esclavitud como, por ejemplo, los matrimonios forzados y las ventas de esposas. A nuestro juicio, la prohibición de la esclavitud en todas sus formas, como la prohibición de la tortura, constituyen normas de *ius cogens* cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional para el Estado infractor e implica a todos los demás Estados y a la comunidad internacional en su conjunto. El Derecho Internacional debe incorporar mecanismos de control eficaces del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en relación con la prohibición de la esclavitud y de cualquier tipo de práctica análoga.

También en fechas tempranas la Organización Internacional del Trabajo desplegó una actividad protectora de los derechos de la mujeres que se inició con un enfoque marcadamente paternalista, acorde con la concepción de la mujer-madre-esposa-trabajadora, y que con el tiempo se inclinó hacia un enfoque igualitarista que responde a un interés por garantizar la igualdad de derechos de los hombres y las mujeres en el ámbito laboral. Pese a los avances en la protección de las trabajadoras auspiciados por esta organización, en la actualidad la OIT no se ha implicado en la regulación de materias que afectan a las mujeres como, por ejemplo, el acoso sexual en el ámbito laboral. Hasta la fecha la organización no ha aprobado ningún convenio de carácter vinculante que regule este problema. Además, cuando la Conferencia Internacional del Trabajo ha tenido ocasión de tratar esta materia ha mantenido una

perspectiva neutra en cuanto al género en relación con la violencia y el acoso sexual en el lugar de trabajo. Estos datos son relevantes para nosotros porque significan que sigue sin visibilizarse por esta organización la existencia de una violencia específica contra la mujer relacionada con la discriminación y la desigualdad, pese a que -como reconoce el propio organismo- los datos avalan que la mayoría de las víctimas de la violencia y acoso sexual en el trabajo son mujeres, y los hombres sus autores.

SEGUNDA.- La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyos principios y valores sirvieron de base para establecer un nuevo orden social e internacional, son normas que adolecen de un marcado rasgo androcéntrico que no tiene en cuenta las voces de las mujeres y no dan respuesta a sus necesidades específicas de protección. Estos textos refuerzan el modelo social basado en la tradicional división de la esfera pública y privada que recluía a las mujeres al ámbito exclusivamente privado, alejado del control del Estado.

Por otro lado, la labor del principal órgano universal creado para la defensa de los derechos de las mujeres - la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer - está en la actualidad en tela de juicio en lo que respecta a las cuestiones relacionadas con la protección de la integridad de las mujeres. Sus tibios pronunciamientos en torno a la prevención y eliminación de todas las manifestaciones de violencia contra la mujer y su excesiva politización son los reproches que cuestionan hoy día su utilidad.

Los primeros tratados que incluyen específicamente derechos de la mujer y que fueron aprobados en los años 50 y 60 del siglo pasado, garantizan la participación de las mujeres en la toma de decisiones que afectan a su vida privada y pública. Sin embargo, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada y la Convención sobre los derechos políticos de la mujer han sido objeto de numerosas reservas y carecen de mecanismos de supervisión de su cumplimiento, lo que supone un freno a su efectividad y un obstáculo para la realización de los derechos que los tratados reconocen a las mujeres.

Los grandes Pactos de derechos humanos - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)- no contemplan situaciones y daños específicos que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres y que requieren una protección especial para que éstas puedan disfrutar del derecho a la vida, la libertad, seguridad y, en general, de todos los derechos reconocidos en estos textos. La violencia contra la mujer y la protección de

su integridad no obtienen respuesta en la concepción jurídica internacional de los derechos establecidos en los Pactos.

En definitiva, los grandes textos de derechos humanos aprobados en la segunda mitad del siglo pasado no incluyen una prohibición de la violencia contra la mujer para garantizar el goce efectivo de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

TERCERA.- La Convención CEDAW, único instrumento internacional de ámbito universal y carácter vinculante que protege los derechos de las mujeres frente a la discriminación basada en su sexo, tanto en el ámbito público como privado, deja fuera de su regulación una de las formas más graves de discriminación que sufren las mujeres en todo el mundo: la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer.

El tratado no prohíbe de manera explícita las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer -salvo una escueta referencia a la trata de mujeres y la explotación de la prostitución-, tampoco tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de ciertos grupos de mujeres frente a este tipo de violencia y no establece ninguna obligación dirigida a los Estados para su erradicación. Este silencio explica que el tratado no incluya, entre los derechos reconocidos a las mujeres, el derecho a la vida o el derecho a no ser sometida a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que son derechos básicos que se ven afectados de manera directa en todas las manifestaciones de violencia contra la mujer.

A este vacío jurídico de la denominada Carta de Derechos Humanos de las Mujeres se suma el hecho de que la Convención introduce un permisivo régimen de reservas que ha propiciado que numerosos países -principalmente de Oriente Próximo y norte de África- hayan formulado reservas incompatibles con el objeto y propósito de la Convención, imposibilitando la aplicación del texto. La mayoría de las reservas se han planteado sobre disposiciones claves de la Convención. Por un lado el artículo 2, que es el que sirve de fundamento para la atribución de responsabilidad a los Estados por los actos de discriminación provenientes de los particulares. Y, por otro lado, el artículo 16 sobre el matrimonio y las relaciones familiares. Esta última disposición protege a las mujeres frente a ciertas prácticas tradicionales que persisten en el ámbito familiar y que dan lugar a extendidas manifestaciones de violencia contra la mujer como, por ejemplo, los matrimonios forzosos. El artículo, sin embargo, establece de una manera muy laxa las obligaciones de los Estados para eliminar la discriminación en las relaciones

familiares, dejando a su criterio las medidas que deben aplicar con este fin, lo que introduce un nivel de incertidumbre que dificulta el control de la disposición y la erradicación de los rasgos discriminatorios que persisten en muchos regímenes jurídicos basados en principios del derecho religioso o del derecho consuetudinario. A pesar de las recomendaciones del Comité CEDAW y su declaración de que las reservas a los citados artículos carecen de validez jurídica, muy pocas han sido retiradas o modificadas. El mantenimiento de estas reservas pone de manifiesto la reticencia de los Estados a la hora de aceptar interferencias en la esfera privada y quebrar el *status quo* que afecta a las relaciones de poder imperantes entre los hombres y las mujeres.

Además de las reservas, las debilidades del mecanismo de control diseñado en la Convención CEDAW -informes estatales- dificultan su seguimiento. Los Estados no están obligados a señalar en sus informes periódicos los obstáculos que les impiden o retrasan la aplicación del texto y de las Recomendaciones Generales que apruebe su Comité.

Por tanto, el único tratado de ámbito universal aprobado para la defensa de los derechos de las mujeres adolece de deficiencias importantes para garantizar con suficiencia los derechos que resultan lesionados por las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer.

CUARTA.- La labor llevada a cabo por los órganos surgidos de los tratados de derechos humanos ha sido decisiva para ampliar el alcance de los textos a cuestiones que repercuten en la protección de la integridad de las mujeres. Del mismo modo, los documentos surgidos de las Conferencias Mundiales sobre la Mujer han contribuido de manera decisiva a la conceptualización internacional de la violencia contra la mujer.

Los Comités surgidos de los grandes Pactos de Derechos Humanos en su labor de interpretación han ido extendiendo el contenido y alcance de los tratados a aspectos no previstos inicialmente en los mismos, adaptándolos a los estándares jurídicos internacionales que con el tiempo la comunidad internacional ha ido estableciendo en relación con la protección de las mujeres frente a la violencia basada en su género. La Observación General número 28 del Comité de Derechos Humanos y la Observación General número 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el disfrute de los derechos reconocidos en los tratados, son representativas en este sentido.

La labor expansiva del Comité CEDAW es particularmente relevante, ya no sólo por la aprobación de la Recomendación General número 19, que incluyó la violencia contra la mujer como una forma de discriminación de las prohibidas en la Convención CEDAW, sino también por las sucesivas Recomendaciones Generales que con el tiempo ha ido aprobando en las que se aclaran y fijan los compromisos de los Estados en orden a garantizar los derechos de las mujeres que resultan lesionados por las diversas manifestaciones de violencia contra la mujer. El mismo valor hay que otorgarle al Comité de los Derechos del Niño en su ámbito de protección de los derechos de las niñas. En este sentido destaca la labor conjunta llevada a cabo con el Comité CEDAW en la Observación General número 18 dedicada a la erradicación de las prácticas tradicionales nocivas. Sin embargo, no podemos perder de vista que estos instrumentos que aprueban los Comités carecen de fuerza jurídica obligatoria para los Estados, lo que limita de manera considerable su efectividad.

Por otro lado, los documentos surgidos de las Conferencias Mundiales sobre la Mujer han sido cruciales para que la violencia contra la mujer se considere una cuestión de derechos humanos responsabilidad de los Estados, y para que se incluya en la agenda política. En particular, la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, la Conferencia de Beijing de 1995, la más influyente en todos los sentidos, supuso un punto de inflexión en el tratamiento de los derechos de las mujeres en general, y de la violencia contra ellas, en particular. Una de las razones se debe a la adopción del concepto “género” como marco conceptual y a la consecuente nueva perspectiva que trajo consigo, pese a que no se llegase a definir este concepto por las controversias y desacuerdos surgidos en torno a su definición.

QUINTA.- El tratamiento de la violencia contra la mujer como una violencia específica fruto de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres que las coloca en una situación de desventaja en el disfrute de sus derechos humanos, se plasma en dos normas que, aunque no son jurídicamente vinculantes, constituyen lo que hemos denominado las piedras angulares en esta materia: la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW y la DEVAW.

La Recomendación General número 19 tiene la virtualidad de ser el primer documento de Naciones Unidas que contempla la violencia contra la mujer como una forma de discriminación de las prohibidas por la Convención CEDAW, haciendo responsables a los Estados de todos los actos de violencia contra las mujeres, ya

provenzan de sus agentes o de los particulares, siempre que, en este último caso, el Estado no haya adoptado las medidas necesarias para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y reparar dichos actos. Esta Recomendación ha sido recientemente actualizada por el Comité a través de la Recomendación General número 35, que refuerza la anterior y acentúa el rasgo característico de este tipo de violencia, sustituyendo la expresión “violencia contra la mujer” por “violencia por razón de género contra la mujer”. La DEVAW, por su parte, tiene la virtualidad de aparecer revestida de la *autoritas* que le imprime el hecho de haber sido aprobada bajo la forma de Declaración, reservada por la Asamblea General para las decisiones de gran importancia de la que se espera obtener la mayor observancia posible por el mayor número de Estados.

La importancia de estas normas propulsoras del desarrollo y aplicación del Derecho Internacional en esta materia, radica, en nuestra opinión, en el hecho de que son las únicas del sistema de protección universal que regulan de manera específica e integral la violencia contra la mujer y le ofrecen protección frente a los actos de agresión, incluso si provienen de los particulares. A ello hay que sumar el enfoque de derechos humanos que aplican al problema de la violencia contra la mujer y la incorporación del principio de la debida diligencia como medida de responsabilidad de los Estados si no adoptan medidas efectivas para su erradicación. Todo esto rompe el paradigma de derechos humanos vigente hasta el momento según el cual el ámbito privado escapaba del control y responsabilidad de los Estados.

Sin embargo, la protección ofrecida a las mujeres y la responsabilidad que se atribuye a los Estados resulta ensombrecida, no sólo por la naturaleza de *soft law* de estas normas -que banaliza la materia- y la ausencia de un mecanismo de control de su aplicación, sino también, por la manera laxa e indeterminada en la que recogen los principales compromisos que adquieren los Estados, con remisión en algunos casos a lo que disponga la legislación nacional en cada caso, lo que resta efectividad a las propias normas, al tiempo que fragmenta la respuesta de los Estados al problema de la violencia contra la mujer.

SEXTA.- Para las normas internacionales que regulan específicamente la violencia contra la mujer, el fundamento de la atribución de responsabilidad a los Estados por los actos de violencia cometidos por particulares es el principio de la debida diligencia, cuyo contenido no aparece delimitado en dichas normas.

La DEVAW restringe este principio al ámbito de la prevención, la investigación y la sanción de los actos violentos conforme a lo que disponga la legislación nacional. La Recomendación General número 19 del Comité CEDAW, por su parte, extiende este principio a las obligaciones de prevención, investigación, enjuiciamiento, castigo –con independencia de lo que disponga la legislación nacional- y reparación de los actos violentos. Estas diferencias sustantivas rompen el principio de unidad y coherencia normativa, al margen de que la remisión a la legislación interna que hace la DEVAW, puede suponer una vía de escape de los Estados para la asunción de su responsabilidad.

Por otro lado, la noción de la debida diligencia sobre la que descansa la responsabilidad de los Estados sigue hoy por hoy sin ser definida en las normas internacionales, que tampoco han delimitado el contenido de las obligaciones que comprende. Estos vacíos jurídicos y la propia naturaleza del concepto -relativo, indeterminado y elástico- han determinado que la interpretación y delimitación de este principio recaiga en la jurisprudencia internacional. Así, los tribunales de derechos humanos han desarrollado, en el contexto de la violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres basadas en su género, la teoría de las obligaciones positivas de los Estados como fundamento de su responsabilidad por los actos de violencia cometidos por particulares. Igualmente han reconocido que el principio de la debida diligencia está integrado por las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de dichos actos con el fin de proteger la integridad de las mujeres y su derecho a la vida. Esta interpretación extensiva del principio de la diligencia debida, que será asumida por los órganos y mecanismos de derechos humanos, ha resultado decisiva para reforzar las obligaciones de los Estados recogidas en la DEVAW.

Pese a ello, el principio de la debida diligencia es insuficiente para aquellas situaciones de violación sistemática y masiva de los derechos de las mujeres en los que está en riesgo su vida por puro desinterés o pasividad de los Estados. El caso de los crímenes de Ciudad Juárez o los secuestros y violaciones de niñas perpetrados por el grupo Boko Haram ponen de manifiesto la insuficiencia del Derecho Internacional en esta materia. Por ello, coincidiendo con algunos autores, pensamos que es preciso ir más allá de la debida diligencia y adoptar nuevas figuras como, por ejemplo, la comisión por omisión, para que se pueda exigir responsabilidad directa a los Estados que muestren pasividad o desinterés ante casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos de las mujeres que pongan en riesgo su integridad, con el fin de que estas violaciones no queden impunes.

SÉPTIMA.- No se aprecia un claro fortalecimiento de la protección de la integridad de las mujeres en el desarrollo del Derecho Internacional y en la regulación de algunas formas específicas de violencia contra la mujer.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha nutrido en los últimos años de normas de carácter recomendatorio para regular algunas manifestaciones de violencia contra la mujer y prácticas tradicionales nocivas. Pero, no todas las formas de violencia que atentan contra la integridad de las mujeres encuentran respuesta en el Derecho Internacional contemporáneo, y otras que han sido objeto de regulación específica, reciben un tratamiento jurídico que presenta numerosas lagunas y deficiencias y que, en muchos casos, no las contempla como actos de agresión que sufren las mujeres por razón de su género, obviando este enfoque en su regulación.

La violencia doméstica aparece contemplada en las normas más recientes aprobadas por la Asamblea General y los órganos de derechos humanos de manera neutra en cuanto al género, lo que puede crear confusión y contradecir los estándares internacionales consensuados tras la DEVAW, que conciben este tipo de agresiones como una forma de violencia dirigida exclusivamente contra las mujeres en el ámbito de la familia.

Las insuficiencias del ordenamiento jurídico internacional propician que la incidencia de la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados, infantiles y precoces y los crímenes de honor sea aún muy elevada, e impiden que muchas legislaciones internas sancionen estas agresiones, que aún siguen justificándose en nombre de la cultura, las costumbres o la religión.

Del mismo modo la respuesta insuficiente del Derecho Internacional supone un freno para acabar con la impunidad de la violación y otras formas de violencia sexual contra las mujeres. La falta de una respuesta sancionadora de estas agresiones proviene no sólo de la persistencia de normas discriminatorias que exoneran o reducen la pena de los autores de los delitos, sino también de la tolerancia de las instituciones sociales, las normas culturales y las estructuras políticas que impiden ver las agresiones sexuales como una violación de los derechos humanos y un atentado a la integridad de la mujer.

La trata de mujeres y niñas se sigue abordando desde un punto de vista predominantemente punitivo o penalista en las normas convencionales vigentes específicas sobre la materia. Los tratados sobre la trata contemplan este problema vinculado a la prostitución y a la delincuencia transnacional organizada, dejando fuera

de su regulación otras formas de trata que sufren particularmente las mujeres y las niñas, como, por ejemplo, la trata interna, que se escapa de los parámetros de criminalidad impuestos por los tratados. La falta de un enfoque pleno de derechos humanos en la regulación de la trata de mujeres y niñas dificulta, y en muchos casos impide, su protección internacional, al tiempo que limita la responsabilidad de los Estados en la materia.

Los asesinatos de mujeres por motivos de género o feminicidios, la forma más extrema de violencia contra la mujer, presenta cuestiones importantes aún sin resolver como, por ejemplo, el vacío legal y la ausencia de una definición internacional de este delito y su impunidad.

OCTAVA.- Los derechos humanos de la mujer no ocupan aún un lugar destacado en el Derecho Internacional Humanitario.

Aunque la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional Humanitario, en lo que respecta a la protección de las mujeres frente a la violencia basada en su género, es un hecho evidente, lo cierto es que los derechos de las mujeres y sus necesidades específicas no encuentran una respuesta adecuada en esta rama del Derecho Internacional.

Los Convenios de Ginebra carecen de un enfoque de género y cuando se ocupan de la violación y otras violencias sexuales durante los conflictos armados adolecen de deficiencias notables: no prohíben expresamente la violencia sexual contra las mujeres y no la consideran un atentado contra sus derechos humanos; no incluyen este tipo de conductas como infracciones graves de los tratados; y no ofrecen una protección basada en el respeto a la integridad física y moral de la mujer, sino en su honor, aunque, afortunadamente, el I Protocolo Adicional eliminó la referencia al honor recogida en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra.

Las Resoluciones del Consejo de Seguridad del programa mujeres, paz y seguridad instaurado en el año 2000, suplen algunas lagunas del Derecho Internacional Humanitario a través de la incorporación del enfoque de género en esta materia. Sin embargo, las Resoluciones mantienen una visión sobre la violencia que sufren las mujeres en situaciones de conflicto armado, vinculada más a la seguridad internacional que a la discriminación y desigualdad. El énfasis en la seguridad internacional unido a las carencias y deficiencias que presentan las Resoluciones del Consejo –naturaleza recomendatoria, ausencia de mecanismo de control, etc.-, merman la eficacia de estos

instrumentos para llevar a cabo una protección efectiva de la integridad de las mujeres frente a las violencias sexuales y otras manifestaciones de violencia contra la mujer que prevalecen en situaciones de conflicto y postconflicto.

Así pues, persisten algunas lagunas en el Derecho Internacional Humanitario que repercuten en la protección internacional de la integridad de las mujeres y que deben suplirse. Estas zonas de sombra tienen que ver con la definición de conflicto armado y la presencia de nuevos actores en los conflictos actuales, con la consideración de otras manifestaciones de violencia contra la mujer - al margen de las violencias sexuales- que se producen en un contexto de conflicto y que no reciben respuesta - por ejemplo, la mutilación genital femenina o los matrimonios forzados-, y con la falta de mecanismos de control y aplicación del Derecho. Es preciso que el Derecho Internacional Humanitario deje de percibir las manifestaciones de violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado como algo diferente y excepcional, y no como una continuación de las pautas de discriminación y violencia que están presentes en tiempos de paz.

El punto central para nosotros debe ser la incorporación de una perspectiva de género en el Derecho Internacional Humanitario que subsane sus carencias y ofrezca respuestas adecuadas para proteger a las mujeres especialmente vulnerables a la violencia en situaciones de conflicto y postconflicto.

NOVENA.- Las deficiencias del sistema de justicia penal internacional impiden la protección efectiva de la integridad de la mujer víctima de violencia basada en su género.

Una de las aportaciones de mayor calado del Estatuto de Roma de la CPI es la incorporación de la perspectiva de género, que se concreta en el reconocimiento del género como motivo de persecución constitutivo de un delito de lesa humanidad y en la utilización de este criterio en la aplicación e interpretación del Derecho, en la protección de las víctimas y testigos y en la selección de los jueces y fiscales de la Corte. Sin embargo, el género está concebido de una manera neutral, sin tener en cuenta las situaciones y necesidades específicas de las mujeres. Esto inevitablemente tiene repercusión a la hora de la tipificación de los delitos relacionados como crímenes de guerra o de lesa humanidad, que pueden afectar tanto a mujeres como a hombres, salvo aquellos que su propia naturaleza impide que los hombres puedan ser sus víctimas como, por ejemplo, el embarazo forzoso. Esto significa que el Estatuto no contempla las

violencias sexuales -violación, esclavitud sexual, prostitución forzada y esterilización forzada-, ni los demás delitos que afectan de manera desproporcionada a las mujeres – la trata, los tratos crueles, humillantes y degradantes, etc.- como formas de violencia contra la mujer, *invisibilizando* sus necesidades específicas. Incrementa esta invisibilidad el hecho de que no aparezca en la larga lista de delitos que constituyen crímenes de guerra y de lesa humanidad, algunas formas de violencia contra la mujer cuya gravedad y extensión están reiteradamente contrastadas como, por ejemplo, la mutilación genital femenina y los matrimonios forzados.

Por otro lado, algunos elementos de los delitos no están claramente delimitados y definidos, en particular los relacionados con las violencias sexuales y la fórmula residual utilizada en el artículo 7.1g) referida a “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. La investigación y procesamiento de estos delitos también presenta deficiencias y obstáculos técnicos-procesales que explican la desproporción entre el número de crímenes y el número de juicios y condenas.

A pesar de que el Estatuto de Roma es un baluarte importante en la lucha contra la impunidad de los delitos que criminaliza, hay aspectos que obstaculizan la consecución de este objetivo. Nosotros hemos apuntado los siguientes: las inmunidades personales, la falta de ratificación del Estatuto de Roma, el principio de complementariedad, y el sistema de acceso a la Corte, que relega a las víctimas al papel de testigos de cargo, lo que puede propiciar su revictimización.

DÉCIMA.- Las mujeres que sufren desplazamientos -migrantes y refugiadas- y que son especialmente vulnerables a la violencia no reciben en el Derecho Internacional contemporáneo la respuesta protectora que requiere su situación.

Las normas convencionales que regulan la migración no adoptan un enfoque de género ni incorporan una amplia perspectiva de derechos humanos. Al igual que ocurre con la trata y su regulación convencional, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire contempla el problema de la migración desde un punto de vista predominantemente penalista y represor, sin tener en cuenta las necesidades de las mujeres migrantes y las causas de su decisión de migrar, que en muchos casos provienen del hecho de haber sido víctimas de alguna forma de violencia de género.

La Convención que protege los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares –ratificada por un escasísimo número de Estados, ninguno de ellos miembros

de la UE-, tampoco repara en la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres trabajadoras migratorias, en particular, las trabajadoras domésticas y las indocumentadas.

La protección que ofrece la Convención de Ginebra de 1951 a las mujeres refugiadas es claramente insuficiente. No tiene en cuenta las necesidades de las mujeres en su condición de refugiadas ni incluye el género o el sexo entre los cinco motivos de persecución para la concesión del estatuto de refugiado. La complejidad y dificultades para subsumir las experiencias de persecución de las mujeres que sufren violencia basada en su género en alguno de los motivos tasados en la Convención y la dificultad de establecer el nexo causal en los casos de persecución por parte de agentes no estatales, no se diluyen con la aplicación de las Directrices y Guías del ACNUR, a pesar de que éstas han contribuido a mejorar la situación de las mujeres refugiadas por su enfoque de género en la materia. Por otro lado, las crisis humanitarias actuales han dado lugar a nuevas modalidades de desplazamientos forzosos que afectan de manera especial a mujeres y niñas -los desplazamientos internos, por ejemplo-, y que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra. Estos nuevos desplazamientos no encuentran respuesta en el Derecho Internacional contemporáneo, evidenciando una absoluta desprotección.

En nuestra opinión, la Convención de Ginebra responde a otra época, tiene un claro sesgo androcéntrico y resulta, en su estado actual, un instrumento poco eficaz para proteger los derechos y la integridad de las mujeres que sufren persecución basada en su género. Estamos de acuerdo con los autores que defienden la introducción de la “persecución por motivos de género” como una categoría nueva de la Convención con la que se reforzaría la protección internacional de las mujeres refugiadas.

En definitiva, sigue siendo un reto para el Derecho Internacional la protección efectiva de las mujeres y niñas migrantes, refugiadas y desplazadas que tenga en cuenta sus problemas específicos y sus riesgos frente a la violencia basada en su género. La última respuesta para mejorar la deficiente protección actual ha venido de la mano de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, aprobada por la Asamblea General en 2016. Este instrumento normativo apuesta por la aplicación de un enfoque de género y de derechos humanos en la regulación de estos procesos y por la adopción de compromisos encaminados a la eliminación de la violencia de género presente en estas situaciones. El *quid* de la cuestión será conocer el alcance práctico y real de esta Declaración para sopesar hasta qué punto es un instrumento útil con el que se puede

paliar las graves deficiencias y lagunas del Derecho Internacional contemporáneo en esta materia y evitar la desprotección de muchas mujeres que se ven obligadas a huir buscando refugio internacional por sufrir algún tipo de violencia basada en su género.

UNDÉCIMA.- Algunos conceptos claves no están determinados ni encuentran una definición unánimemente aceptada en Derecho Internacional, lo que dificulta la comprensión y la aplicación de las normas sobre violencia contra la mujer.

La misma expresión “violencia contra la mujer” establecida originariamente en la DEVAW y la Recomendación General número 19 del Comité CEDAW como violencia basada en la pertenencia al sexo femenino, se ha ido tornando, principalmente por la incorporación del término “género”, en “violencia por razón de género contra la mujer” (introducida por la Recomendación número 35 del Comité CEDAW), “violencia contra las mujeres por razón de género” (introducida por el Convenio de Estambul), o simplemente “violencia de género” que es la expresión más extendida entre la doctrina.

El concepto de género que, en principio, enriquece el concepto originario de violencia contra la mujer por la dimensión social que le transfiere, propicia, sin embargo, cierta confusión cuando se utiliza de manera neutra en esta materia, esto es, entendiendo la violencia como un fenómeno al que todos podemos estar expuestos, hombres y mujeres, y frente al que todos somos dignos de protección. Ha contribuido a esta confusión el hecho de que los dos únicos tratados que definen el género - el Estatuto de la CPI y el Convenio de Estambul- lo han hecho incluyendo en el concepto, sin matizaciones ni rasgos distintivos, a los dos sexos, hombres y mujeres. En el primer caso - Estatuto de la CPI- para vencer las resistencias de diferentes Estados, del Vaticano y de grupos diversos que se oponían a reconocer la libertad sexual y la desigualdad de poder entre hombres y mujeres. En el segundo –Convenio de Estambul- para incluir como víctimas de la violencia doméstica tanto a las mujeres como a los hombres y catalogar así este tipo de violencia de forma separada y desvinculada de la violencia contra la mujer. Sin embargo, esta concepción del género políticamente correcta, además de dar lugar a confusión, puede ocultar el problema de la violencia contra la mujer y dificultar su erradicación. Como han señalado las Relatoras sobre violencia contra la mujer, la neutralidad introducida en el término género omite su significado como sistema de dominación del hombre sobre la mujer, que es precisamente la causa que favorece la existencia de una violencia específica contra la mujer. Por tanto, introducir el término “género” de manera neutral dinamita los propios

fundamentos de la violencia contra la mujer y se aleja de los estándares jurídicos internacionales consensuados en esta materia.

En nuestra opinión es preciso que la comunidad internacional llegue a un consenso sobre estos conceptos para evitar que su indeterminación facilite su manipulación. Es necesario que se adopte una definición del concepto “género” acorde con los estándares universales que evite la neutralidad del término en materia de violencia contra la mujer para no obstaculizar su erradicación. Acabar con la confusión actual y utilizar un lenguaje único dará coherencia y efectividad al conjunto del sistema normativo internacional.

DUODÉCIMA.- Los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos y extraconvencionales, son claramente insuficientes para otorgar una protección efectiva a la integridad de las mujeres.

Dado que, como es sabido, el sistema universal de protección de derechos humanos no dispone de mecanismos judiciales, y estamos aún muy lejos de conseguir un Tribunal Internacional para la protección de los Derechos Humanos, tal y como apuntaba en su día el profesor Carrillo Salcedo, es preciso que estos mecanismos estén suficientemente pertrechados para llevar a cabo una protección efectiva de los derechos de las mujeres frente a la violencia. Sin embargo, la primera e importante limitación de estos mecanismos es que no ostentan un auténtico poder revisor que otorgue a sus decisiones fuerza obligatoria para los Estados. El valor de sus pronunciamientos se circunscribe al ámbito de la reprensión y amonestación ante la comunidad internacional y no al ámbito de la sanción.

Ahondando en las limitaciones de estos mecanismos que merman considerablemente la protección ofrecida a la integridad de las mujeres, en particular sobre el Comité CEDAW podemos resaltar, además de la falta de fuerza jurídica vinculante de sus decisiones, algunos de los requisitos exigidos para el acceso y tramitación de los procedimientos de denuncias por violación de los derechos reconocidos en la Convención CEDAW. Así, la necesidad de reconocimiento expreso de la competencia del Comité, la doble condición de Estado Parte de la Convención y de su Protocolo Facultativo, la confidencialidad y el carácter escrito del procedimiento de denuncias individuales, y la llamada *cláusula opt-out* del procedimiento de investigación, son ejemplos de lo que acabamos de apuntar.

El mecanismo extra convencional que constituye la Relatoría Especial sobre violencia contra la mujer, además de adolecer de las mismas limitaciones que caracterizan a este tipo de mecanismos -temporalidad del mandato, tratamiento global de las quejas de los particulares-, carece de facultades de denuncia ante otros órganos internacionales de las violaciones de derechos que constata y de los incumplimientos de los Estados que detecta. A esto hay que sumar la particularidad de que el marco jurídico que sustenta la actuación de esta figura está conformado mayoritariamente por instrumentos jurídicos no vinculantes para los Estados.

DECIMOTERCERA.- Sin duda la contribución más valiosa y efectiva en materia de protección de los derechos de las mujeres frente a las distintas formas de violencia basada en su género la ha proporcionado la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Las deficiencias y lagunas del sistema universal y de los sistemas regionales de derechos humanos han sido suplidas gracias a la labor desarrollada por los tribunales de derechos humanos y los tribunales penales internacionales.

La jurisprudencia internacional ha defendido que todos los actos de agresión que hemos referido a lo largo de este estudio - la violencia doméstica, las prácticas tradicionales nocivas, la trata, etc.-, son formas de violencia de género y constituyen formas de tortura de las prohibidas por la Convención Internacional contra la Tortura.

De esta manera se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en su asunto más emblemático, el *caso Opuz contra Turquía* (2009), recoge valiosos pronunciamientos en el sentido apuntado sobre la violencia doméstica. En otras sentencias importantes - *caso Enitan Pamela Izevbekhai y otros contra Irlanda* (2011), *caso Rantsev c. Chipre y Rusia*, *caso Branko Tomasic y otros contra Croacia* (2009), *caso Durmaz contra Turquía* (2014)- el Tribunal se pronuncia sobre la mutilación genital femenina, la trata o las obligaciones positivas de los Estados en orden a garantizar el derecho a la vida de las mujeres que sufren cualquier forma de violencia basada en su género.

La jurisprudencia de la Corte IDH, por su parte, ha configurado el feminicidio como un delito basado en el género. En el caso *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*, primera sentencia que abordó de forma integral los derechos de las mujeres en un contexto de patrones sistemáticos de violencia, la Corte se hizo eco de la realidad de estos delitos fundados en una cultura de violencia y discriminación basada en el género.

Por otro lado, la labor llevada a cabo por los Tribunales penales internacionales, que marcaron un hito en materia de enjuiciamiento de la violencia sexual en tiempos de guerra, fue decisiva, no sólo por sus pronunciamientos en sí, sino también, por la influencia en el resto de tribunales internacionales que asumirán estos postulados en sus propias decisiones. Así, en relación con la violación, la jurisprudencia del TPIR y del TPIY –caso *Akayesu*, caso *Furundzija*, caso *Kunarac*- ofrece una definición avanzada de este delito que pasa a ser considerado delito contra la integridad y no delito contra el honor como estipulaba el IV Convenio de Ginebra. Secundando esta jurisprudencia, los tribunales de derechos humanos eliminaron los tintes morales discriminatorios de los que adolecía esta materia y pasaron de una insensibilidad generalizada hacia los delitos de violencia sexual, que se traducía en una auténtica desprotección de las mujeres, a su condena y consideración como una forma de tortura. En este sentido se ha pronunciado la Corte IDH en sentencias ilustrativas en las que amplía el concepto de violación como una forma paradigmática de violencia contra las mujeres -caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, y *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, etc.-. De la misma manera, el TEDH ha elaborado un concepto amplio y no formalista de la violación y ha facilitado el castigo de estas conductas. En sentencias emblemáticas -asunto *X e Y c. Países Bajos*, asunto *Aydin c. Turquía*, asunto *MC contra Bulgaria*- ha enjuiciado los casos de agresión y violencia sexual como una infracción del respeto a la vida privada y familiar y como una forma de tortura y malos tratos contraria al CEDH.

DECIMOCUARTA.- Los sistemas regionales presentan una importante disparidad con la que no se consigue reforzar las normas universales en materia de protección de la integridad de las mujeres. Esta disparidad oscila desde el sistema que otorga la mayor protección hasta ahora conocida (el Consejo de Europa) hasta el sistema que no ofrece apenas ninguna protección (la región de Asia y Pacífico).

Únicamente el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos disponen de normas convencionales específicas que protegen a la mujer frente a la violencia basada en su género. Ambos tratados se han convertido en paradigmas en la materia ante la ausencia de una norma universal de carácter vinculante.

La Convención interamericana para la erradicación de la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, aprobada en 1994, es la primera norma

convencional que rompe el paradigma de derechos humanos según el cual las relaciones entre particulares al pertenecer al ámbito privado escapan de la responsabilidad de los Estados. Este tratado reconoce por primera vez el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; regula todas las formas de violencia que se producen en la familia –incluida la violencia doméstica–, la comunidad y el Estado, como formas de violencia contra la mujer; obliga a los Estados a condenar este tipo de violencia y a adoptar medidas para su prevención, sanción y erradicación; y establece un mecanismo de control que permite interponer reclamaciones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la intervención de la Corte IDH, si la Comisión decide elevar el asunto a su consideración.

Sin embargo, pese a estas bondades, la Convención de Belém do Pará presenta también debilidades, como la amplitud de la definición de violencia contra la mujer y la imprecisión de algunos de sus elementos; la laxitud con la que se enuncian las obligaciones de los Estados, algunas, incluso, no exigibles de forma inmediata, sino progresiva; la limitada protección ofrecida a la mujer –no se criminaliza en concreto ninguna forma de violencia–; el reducido ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y espacial del tratado; el hecho de que los particulares no tengan acceso directo a la Corte IDH y la necesidad de reconocimiento expreso de la competencia del órgano judicial por parte de los Estados para que éste pueda examinar las denuncias individuales que la Comisión le haga llegar; el silencio al feminicidio como una de las formas de violencia característica de esta región; y la gran brecha que sigue existiendo entre los compromisos de derechos humanos asumidos por los Estados en virtud del tratado y la protección real de éstos.

El continente europeo, por su parte, aprobó en 2011 el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, Convenio de Estambul, que trajo consigo los avances más significativos que ha conseguido el Derecho Internacional contemporáneo en materia de violencia contra la mujer por vía convencional. Así, es destacable el enfoque integral que incorpora el tratado – las denominadas cuatro “P”: prevención, protección, persecución y políticas integradas– y su enfoque transfronterizo; la extensión de su ámbito de aplicación a las niñas, a situaciones de conflicto armado y a las mujeres migrantes y solicitantes de asilo; la plasmación explícita del principio de la debida diligencia como fundamento de la responsabilidad de los Estados; y su incidencia en el Derecho material de los Estados,

que en el ámbito penal se materializa en la criminalización de algunas formas de violencia contra la mujer.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta fortaleza se ve debilitada por la concepción neutra que adopta del concepto de género que le lleva a configurar la violencia doméstica como una categoría diferente y desvinculada de la violencia contra la mujer, incluyendo entre sus víctimas tanto a hombres como a mujeres; por la no criminalización de importantes manifestaciones de violencia contra la mujer -por ejemplo, la trata-, y la indeterminación de algunos elementos de los delitos de violencia sexual; y por el sistema de control del tratado que no contempla la posibilidad de denuncias individuales ante el GREVIO o ante otro órgano del Consejo de Europa, excluyendo la opción de un posible control jurisdiccional por parte del TEDH.

DECIMOQUINTA.- Otros sistemas regionales han regulado la protección de la integridad de la mujer incluida en tratados genéricos que reconocen los derechos de las mujeres -caso de la Unión Africana- o dentro de estrategias vinculadas a la igualdad de género -caso de la UE-.

El Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África, denominado Protocolo de Maputo, aprobado el 11 de julio de 2003, aunque no es un tratado específico que regule la violencia contra la mujer, incorpora disposiciones que ofrecen una valiosa protección de las mujeres frente a algunas formas de violencia, en particular frente a las prácticas tradicionales nocivas. La propia existencia de un texto convencional en África que reconozca los derechos de las mujeres y atienda sus necesidades específicas es un hecho destacable, dado el contexto general de discriminación y violencia del continente. Su amplio ámbito de aplicación –protege a las niñas y se extiende a situaciones de conflicto armado-; la especial protección que otorga a ciertos grupos de mujeres especialmente vulnerables a los abusos y malos tratos - las viudas, las mujeres de edad avanzada, las mujeres con discapacidad, las mujeres pobres, las mujeres pertenecientes a grupos marginados y las mujeres embarazadas-; la criminalización pionera de la mutilación genital femenina; y el reconocimiento expreso de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de su protección frente al VIH y demás enfermedades de transmisión sexual; son los rasgos singulares que, en nuestra opinión, realzan el valor de este tratado.

Sin embargo, la falta de exigibilidad inmediata a los Estados de la realización de los derechos reconocidos en el texto, y los escasos y laxos mecanismos de control de su

aplicación, lastran la eficacia del texto. El tratado no contempla la posibilidad de interponer denuncias individuales ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ni ante la Corte Africana por sus incumplimientos. Tampoco establece la creación de ningún órgano específico que lleve a cabo el control del tratado ni atribuye a la Comisión Africana facultades para ello. A esto hay que sumar la falta de voluntad política de los Estados que no se han responsabilizado lo suficiente para impedir las violaciones de los derechos de las mujeres, dejando de aplicar las normas y estándares jurídicos aprobados por el sistema regional, y la dificultosa puesta en funcionamiento de la Corte Africana que se ha convertido en un órgano absolutamente ineficaz para cumplir su cometido.

La UE, por su parte, carece de un instrumento jurídico vinculante que regule la violencia contra las mujeres de manera global e integral. Los tratados constitutivos guardan silencio sobre esta materia. El único texto de calado que existe hasta el momento, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no contempla de forma autónoma los derechos de las mujeres ni hace mención de la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos. Algunos aspectos de este texto empobrecen de manera notable el marco jurídico de la Unión en esta materia y distancia a la Carta europea de los principales instrumentos internacionales -universales y regionales- que han abordado este problema. Nos estamos refiriendo a la ausencia de un enfoque de género de la Carta que tenga en cuenta las necesidades de las mujeres y su riesgo a sufrir violencia basada en su género, y a la débil posición que adquieren los particulares en general, y las mujeres en particular, para hacer valer vía judicial los derechos reconocidos en el texto.

Las lagunas del marco europeo en esta materia se han suplido a través de normas de Derecho derivado que inciden en aspectos de la protección de la integridad de la mujer, si bien, en su mayoría, se trata de normas no vinculantes que regulan la materia de forma fragmentada, dentro de estrategias y programas sobre la igualdad de género, y de manera confusa en cuanto a cuestiones conceptuales, que en algunos casos se alejan de los estándares jurídicos universales que configuran la violencia contra la mujer como un tipo de violencia específica dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. El impulso más significativo para nosotros en el tratamiento de la violencia contra las mujeres ha venido de la mano del Parlamento Europeo, que en algunas de sus Resoluciones aboga por la adopción de instrumentos vinculantes que aborden de manera integral el problema de la violencia contra la mujer en la UE.

DECIMOSEXTA.- La región más poblada del planeta y más castigada por la violencia contra la mujer en todas sus formas, la región de Asia y el Pacífico, no cuenta con ningún tratado específico que regule la violencia contra la mujer y proteja su integridad física y moral. Esta situación se agrava por los escasísimos instrumentos de los que dispone esta región para la promoción y protección de los derechos humanos en general.

Los escasos ejemplos de normas protectoras de derechos humanos aprobados en ámbitos subregionales – la Convención para la prevención y lucha contra el tráfico de mujeres y niños para la prostitución de la SAARC y la Carta Árabe de Derechos Humanos de la Liga de Estados Árabes- incluyen compromisos muy limitados en relación con la protección de las mujeres y regulan sus derechos vinculados a las tradiciones y a la ley islámica, al margen de los estándares jurídicos universales.

La ASEAN dispone de algunos instrumentos específicos destinados a eliminar la violencia contra la mujer, si bien, se trata de normas de carácter recomendatorio aprobadas en un contexto normativo en el que no existe un tratado general de derechos humanos. La creación de la Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños es un paso significativo hacia una verdadera globalización en materia de defensa de los derechos de las mujeres, ya que, gracias a este órgano, la región de la ASEAN, que hasta entonces no contaba con ningún mecanismo parecido, se suma a esta práctica internacional. Sin embargo, su carácter intergubernamental, su naturaleza consultiva y el hecho de que carezca de facultades de revisión, investigación y resolución de demandas individuales por la violación de derechos, la convierten en un órgano de promoción de derechos más que de protección de estos.

En definitiva, el marco normativo, institucional y político de protección de los derechos humanos en la región de la ASEAN y de toda la zona de Asia y el Pacífico, responde escasamente a las necesidades de protección que requieren las mujeres para hacer frente a las diversas formas de violencia basada en su género y convierten a esta región del mundo en la más desprotegida en esta materia. Esta desprotección se acentúa ante la ausencia de un tratado general de derechos humanos y de un órgano judicial regional que garantice su respeto y protección.

DECIMOSÉPTIMA.- La entropía como indicador de las insuficiencias del marco jurídico actual que regula la protección de la integridad de la mujer frente a los actos de agresión basados en su sexo o género.

El actual marco jurídico que regula la violencia contra la mujer se caracteriza por el recurso a las normas de *soft law*, por su complejidad, fragmentación y complicada aplicación. No podemos decir que exista un vacío normativo, pero sí un puzle de normas en el que, en algunos casos, faltan piezas y, en otros, no encajan. La inexistencia de un catálogo claro de obligaciones exigibles a los Estados para erradicar la violencia contra la mujer por razón de su género y la falta de mecanismos efectivos de rendición de cuentas de su cumplimiento, son las deficiencias más notables de este *corpus* jurídico que regula la violencia contra la mujer. Estas deficiencias impide la aplicación en la práctica de las normas y, por consiguiente, la protección efectiva de la integridad de la mujer.

Los principales tratados de derechos humanos no prohíben ni condenan la violencia contra la mujer -ni siquiera lo hace el único tratado universal que regula los derechos de las mujeres, la Convención CEDAW-, al tiempo que mantienen la tradicional división de la esfera pública y privada que relega a las mujeres al espacio privado donde prevalece la desigualdad y los abusos contra las mujeres y en el que muchos Estados se resisten a intervenir para no quebrar el sistema de relaciones de poder propio del patriarcado. No de otra manera se pueden entender, por ejemplo, las reservas a las disposiciones de la Convención CEDAW sobre el matrimonio y las relaciones familiares y las reservas a los tratados específicos que reconocen derechos de las mujeres: la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957 y la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952.

Los vacíos y lagunas jurídicas del sistema universal de protección de derechos humanos no se suplen con las normas regionales específicas aprobadas sobre violencia contra la mujer. Al menos no en todos los casos. Los sistemas regionales que actúan en un contexto de mayor desigualdad, discriminación y violencia contra la mujer apenas disponen de instrumentos y órganos que garanticen la protección de los derechos humanos en general, y de los derechos de las mujeres, en particular.

DECIMOCTAVA.- La complejidad, fragmentación y complicada aplicación del marco jurídico actual propicia los fallos del sistema en la aplicación práctica de las normas internacionales que protegen a la mujer frente a los actos de violencia basados en su sexo o género, principal desafío en la actualidad. Es preciso, pues, fortalecer el marco jurídico actual.

Las normas internacionales deben consolidar la aplicación de un enfoque de género. Esta estrategia permite que no se parta de la neutralidad desde el punto de vista del género cuando se regulan materias que afectan de manera desproporcionada a mujeres y niñas como, por ejemplo, los matrimonios forzados o la violencia doméstica. La consecuencia inmediata que se deriva de la no aplicación de una perspectiva de género en el Derecho Internacional es el olvido de las necesidades y experiencias específicas de las mujeres, lo que conduce irremediabilmente a su desprotección internacional. La incorporación de un enfoque de género permite, además, romper la tradicional división de la esfera pública y la esfera privada que aún persiste en el Derecho Internacional contemporáneo. Esta dicotomía –reflejo del canon tradicional de los derechos humanos diseñado con la constitución de las Naciones Unidas- permite que se sigan silenciando las voces de las mujeres, que resultan excluidas en muchos casos del ámbito del Derecho y de sus mecanismos de protección, lo que da lugar a un desarrollo parcial y androcéntrico del Derecho Internacional que impide la protección efectiva de la integridad de las mujeres. El hecho de que la comunidad internacional aún no haya considerado la violencia contra la mujer una materia digna de regulación en una norma convencional y que las normas de *soft law* no ofrezcan una respuesta integral y mecanismos de control efectivos de su cumplimiento, pone de manifiesto la persistencia de un modelo dicotómico que aún no podemos dar por concluido.

Todos estos factores dificultan la erradicación de la violencia contra la mujer y propician su desprotección internacional.

Para superar las lagunas y deficiencias que presenta el Derecho Internacional contemporáneo y podamos conseguir que éste se convierta en una herramienta útil para la protección de la integridad física y moral de las mujeres, proponemos la aprobación de una norma convencional que regule de manera integral, en todos los ámbitos y situaciones, la prohibición y erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas. No podemos ignorar el progreso que comportaría la aprobación de una norma de este calado en las legislaciones y políticas nacionales. Existen evidencias, señaladas por la doctrina, que apuntan a la mejora de la legislación de ciertos Estados en el período posterior a la aprobación de la DEVAW en relación con la violencia doméstica. Estamos convencidos de que un tratado integral de ámbito universal sobre la violencia de género contra la mujer reduciría considerablemente la brecha existente entre las normas internacionales y su aplicación.

Si bien es cierto que, como ha señalado el Comité CEDAW, el efecto generador de las normas de *soft law* ha podido cristalizar en una nueva costumbre internacional que prohíbe la violencia contra la mujer por razón de género, la gran brecha existente entre las normas internacionales y su aplicación plantea dudas razonables sobre la presencia del requisito de la *opinio iuris* de esta nueva costumbre. ¿Realmente existe en la actualidad una convicción jurídica por parte de los Estados de que deben prohibir y erradicar la violencia contra la mujer basada en su género? La respuesta no puede ser otra que negativa si nos atenemos a lo que hemos estudiado a lo largo de este trabajo. Pero además, esta prohibición requiere ser precisada. La nueva costumbre internacional requiere ser definida y desarrollada en todos sus aspectos para que despliegue todos sus efectos y se pueda exigir responsabilidad a los Estados por su incumplimiento. Al igual que la prohibición de la tortura se fortaleció a través de una norma convencional, aunque originariamente estuviese recogida en normas de *soft law*, la prohibición de la violencia contra la mujer debería establecerse de la misma manera para reforzar la protección internacional de la dignidad e integridad de la mujer frente a los actos que atenten contra esta prohibición.

Sabemos que nuestra propuesta no es nueva, que ya fue planteada por el Gobierno de Canadá en 1991 en una reunión de un grupo de expertos de Naciones Unidas y que el debate continúa abierto, incluso se han redactado proyectos de lo que sería este nuevo tratado. Pero, quizás lo que sí es novedoso en la actualidad es el resurgimiento con fuerza de una conciencia internacional que condena la violencia contra la mujer en todas sus formas y exige medidas para su erradicación sin más demoras. Por ello, pensamos que es el momento oportuno para que la comunidad internacional prosiga el camino iniciado en los años 90 del siglo pasado con un nuevo y definitivo impulso. A esto se une nuestro convencimiento de que la solución de un problema global y universal como es la violencia contra la mujer únicamente puede venir de la mano del Derecho Internacional, pues estamos seguros que muchos Estados no cambiarán sus leyes, políticas e instituciones en esta materia sin el mandato y orientación de una norma internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Nota preliminar. En la elaboración de la bibliografía no se han tenido en cuenta las obras y manuales generales de Derecho Internacional Público ni las obras generales en materia de protección de derechos humanos, a pesar de que éstas hayan sido utilizadas y citadas a pie de página. Este criterio selectivo lo utilizamos con el fin de aportar una mayor claridad en la consulta bibliográfica que evite desviar la atención del tema central de la tesis. No obstante, pese a ello, puede encontrarse alguna excepción de obras generales que se han incluido debido a su importante influencia en este trabajo. Con este mismo objetivo clarificador hemos intentado ajustarnos en la medida de lo posible al Índice de la tesis a la hora de realizar la distribución temática de las obras.

Por otro lado, hemos incluido en un epígrafe separado los tratados de Derecho Internacional que regulan específicamente los derechos de las mujeres y la prohibición de la violencia contra las mujeres, con la intención de contrastar este epígrafe con el dedicado a los actos institucionales que representa el *corpus* jurídico que regula la protección de la integridad de la mujer. Lógicamente no se incluyen todos los actos normativos que han sido citados en la tesis para no hacer la bibliografía sumamente tediosa y extensa, pero sí se han seleccionado los más representativos en la materia.

1.- OBRAS BIBLIOGRÁFICAS

1.- La protección de los derechos de las mujeres en el sistema universal de protección de derechos humanos y la conceptualización internacional de la violencia contra la mujer.

ABRIL STOFFELS, R.: “España ante los ojos de la comunidad internacional: violencia contra las mujeres y participación política femenina”, en *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Ruth Abril Stoffels y Ainhoa Uribe Otalora (Coord.), ed. Tirant, monografías 677, CEU Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2010.

ALSTON, P.: *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Edited by Philip Alston, New York, Oxford: Oxford University Press, 1992.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “La mujer desde la perspectiva del Derecho Internacional Público” en *Mujer e Investigación* ÁLVAREZ MEDINA, I. *et al.* (eds.), Universidad de Oviedo, 1995.

ARIAS BAUTISTA, MT.: “Los principios de Olympe de Gouges: culminación de una ideología “Revolucionaria” en *Revista Internacional de Culturas y Literaturas*, (coord. Milagro Martín Clavijo, ejemplar dedicado a: Escritoras del mundo e iconos femeninos), núm. 1, 2012, pp. 1-8.

BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España Editores S.A., F. Borrajo Castanedo (tr.), Madrid, 2000.

BALES, K., TRODD, Z., WILLIAMSON AK: *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oxford, Oneworld, 2009.

BALDASSARE PASTORE: “Soft Law y la teoría de las fuentes del Derecho” en *Soft Power*, Vol.1, número 1, enero-junio 2014, pp. 74-89.

BODELÓN, E.: “Violencia institucional y violencia de género” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 131-155.

BOSCH FIOL, E., FERRER PÉREZ, V.A.: “La violencia de género: de cuestión privada a problema social” en *Intervención Psicosocial*, Vol. 9, núm. 1, 2000, pp. 7-19.

BURGERS, J.H.: “The Road to San Francisco: the Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century” en *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, p. 450.

BURROWS, N.: “The 1979 Convention on the elimination of all forms of Discrimination against Women” en *Netherland International Law Review*, vol. 32, nº 3, 1985.

BYRNES, A.: “The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” en *Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences* BENEDECK W., KISAAKYE, E.M., OBERLEITNER, G., London Zed Books, 2002.

CARDONA LLORENS, J.: “La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos” en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 47 a 68.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario” en *La Toga*, núm. 172, 2009.

CASADO RAIGÓN R. y VÁZQUEZ GÓMEZ, E.: “La impronta del *ius cogens* en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos” en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, 2005.

CASSESE, A.: “Los Derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

CASTILLO DAUDÍ, M.: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CEPEDA RODRÍGUEZ, E.: “Interrelación entre el *ius cogens* y el Derecho Blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional” en *Revista de Derecho Público*, Nº 36, enero-junio 2016.

CHARLESWORTH, H.:

- “What are Women’s International Human Rights?” en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. Ed. By Rebecca J. Cook. University of Pennsylvania Press. Philadelphia, 1994, pp. 58 a 84.
- “Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law” en *Feminist Debates Around the Public and Private*, Thornton, M. (ed.), Melbourne/New York, Oxford University Press, 1995, pp. 243-260.

CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C.: *The boundaries of International law: a feminist analysis*, Manchester University Press, Manchester, 2000.

DAVIES, R.: *Women and Work*, Hutchinson, London, 1975.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A.: “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005, pp. 231-248.

DÍEZ PERALTA, E.: “Los derechos de la mujer en el Derecho Internacional “en *REDI*, Vol. LXIII, Núm. 2, Julio-dic., 2011.

DURÁN, P.: *Las Naciones Unidas y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer, INSTRAW, 2005.

EISENSTEIN, Z.R.: “The Female Body and the Law” en *University of California Press*, Berkeley, 1988.

GALEY, M.E.: “Women Find a Place” en *Women, Politics and the United Nations*, Ed. Anne Wislow, Greenwood Press, Westport, Connecticut, London, 1995.

GÓMEZ ISA, F.: “La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F. (Dir); PUREZA JM, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

GROS ESPIELL, H.: “Una mirada actual a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *Estudios 91*, vol. VII, 2009.

HIERRO LIBORIO, L.: “Derechos del niño” en *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*, CRISTINA MONEREO ATIENZA y JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (Dirección y Coordinación), Ed. Comares, Granada, 2014.

HILLGENBERG, H.: “A fresh look at soft law” en *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999.

HTUN M., WELDON S. L.: "The Civic Origins of Progressive Policy Change: Combating Violence against Women in Global Perspective, 1975-2005" en *American Political Science Review*, Vol. 106, Núm. 3, 2012.

JAHAN, R.: "The International Women's Year Conference and Tribune" en *International Development Review*, vol. 17, nº3, 1975.

LACEY, N.: "Legislation Against Sex Discrimination: Questions from a Feminist Perspective" en *Journal of Law and Society*, Vol. 14, núm. 4, 1987.

LAURENZO COPELLO, P.:

- "Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género en la violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV- 2006, pp. 335-367.
- "¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres? en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 783-830.

LOIS GONZÁLEZ, M.: "Vindicación de los derechos de la mujer, Mary Wollstonecraft", Edición de Marta Lois González, Colección Fundamentos nº 225, Serie Clásicos del pensamiento político, Ed. Istmo S.A., Madrid, 2005.

LOZANO CONTRERAS, J.F: *La noción de la debida diligencia en el Derecho Internacional Público*, Barcelona Atelier, Universidad de Alicante, Alicante, 2007.

MACKINNON, C.:

- *Hacia una teoría feminista del Estado*, ed. Cátedra S.A. (Feminismos), Eugenia Martín (tr.), Madrid, 1995.
- *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987.

MAGALLÓN PORTOLÉS, C.:

- "Los derechos humanos desde el género" en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, ed. Centro Pignatelli, Diputación General de Aragón-Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza, 1997.
- "Sostener la vida, producir la muerte: estereotipos de género y violencia" en *El sexo de la violencia*, Vicenç Fisas (ed.) Icaria, Barcelona, 1998, pp. 96-116.

MANERO SALVADOR, A.: "Discriminación y violencia contra la mujer: medidas y retos en Naciones Unidas" en "Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI" C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Dir.) A. PASTOR PALOMAR (Coord.), Vol. 1, Colección Escuela Diplomática nº 15, Madrid, 2009.

MARTINEZ GUZMÁN, V.: "Género, paz y discurso" en *El sexo de la violencia*, Vicenç Fisas (ed.) Icaria, 1998, Barcelona, 1998, pp. 117-134.

MERINO SANCHO, V.: "Mecanismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres" en *Colección "La Llave"* nº 7, dirigida por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Fundación Æquitas, junio 2012 p. 58.

MERINO SANCHO, V: “Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer” en *Anuario de filosofía del derecho*, 2007, ANU-F-2007-10038700408, pp. 387-408.

MERON, T.: “Enhancing the Effectiveness of the Prohibition of Discrimination Against Women” en *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990.

MILÁ MORENO, J. “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, FELIPE GÓMEZ ISA (director), JOSÉ MANUEL PUREZA, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

MONEREO ATIENZA, C.: “Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres” en *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*”, Dirección y Coordinación Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2014.

MORSINK, J.: “Women’s rights in the Universal Declaration” en *Human Rights Quarterly*, vol. 13, núm. 2, 1991, pp. 229-256.

MURDOCH, J: “Unfulfilled Expectations: The Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” en *European Human Right Law Review*, núm. 1, 2010.

NOWAK, M.: “El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, FELIPE GÓMEZ ISA (director), JOSÉ MANUEL PUREZA, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

O’HARE, U.A.: “Realizing Human Rights for Women” en *Human Rights Quarterly*, vol. 21, número 2 (May.), 1999.

OKIN, S.: “Gender, the public, and the private” en *Feminism and Politics*, ed. Anne Phillips, Oxford University Press, New York, 1998.

ORTUBAY FUENTES, M.:

- “Diez años de la “Ley Integral contra la violencia de género”: Luces y sombras”, en *Revista Pensamiento Penal*, 10 abril de 2015, pp. 1-31.
- “Cuando la respuesta penal a la violencia sexista se vuelve contra las mujeres: las contradicciones” en *Oñati Socio-Legal Series*, v.5, núm. 2 (2015), pp. 645-668.

PIETILA, H, VICKERS, J.: “Making Women Matter: The Role of the United Nations”, Zed Books, London, 1994.

PIQUERAS FRAILE, M^a R.: “La esclava negra americana del siglo XIX, la gran marginada” en *Revista Internacional de Culturas & Literaturas*, número 1, 2008, pp. 22-26.

PONCE MARTÍNEZ, C.F.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos” en Universidad de Extremadura, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002.

POSADA KUBISSA, L.: “Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica” *Asparkia*, 19, 2008, pp. 57-71.

PRIETO DEL PINO, A.M.: “Diez años de derecho penal español contra la violencia de género: maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja” en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, núm. 86, enero-junio 2016, Universidad EAFIT, pp. 115- 150.

QUISPE REMÓN, F.: “Las normas de *ius cogens*: ausencia de un catálogo” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, 2012, pp. 143-183.

REANDA, L.: “Human Rights and Women’s Rights: The United Nations Approach” en *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, núm. 2, 1981, pp. 11 a 31.

RODRÍGUEZ MANZANO, I.: *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz*, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

RUILOBA ALBARIÑO, J.: “Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000.

SALINAS DE FRÍAS, A.: “Herramientas internacionales para la consecución de la igualdad real de mujeres y hombres” en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VIII, 2007, Universidad del País Vasco, pp. 69-94.

SANZ CABALLERO, S.:

- “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El Derecho Internacional llamando a las cosas por su nombre”, en *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, RUTH ABRIL STOFFELS y AINHOA URIBE OTALORA (Coord.), ed. Tirant, monografías 677, CEU Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2010.
- “La mujer maltratada como grupo especialmente vulnerable en Derecho Internacional: intersecciones entre violencia contra la mujer y cultura” en *Tiempo de Paz*, invierno 2007, núm. 87, pp. 61 a 77.

SANZ, R. FOLLONI, A.: “El *soft law* como fuente del Derecho Internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad” en *Revista de Direito Internacional, Brazilian Journal of International Law*, Vol. 14, núm. 3, 2017, pp. 244-259.

SCALES, A.: “The Emergence of feminist Jurisprudence: an essay” en *Yale Law Journal*, Vol. 95, Issue 7, 1986, pp. 1373 a 1381.

SEGURET, M.C.: “Child-care Services for Working Parents” en *International Labour Review*, vol. 120, nº6, 1981.

SHEFFIELD, C.J.: "Sexual Terrorism" en *Kourany et alia: Feminist Philosophies*, Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 1992, pp. 45-60.

SOROETA LICERAS, J.: "Los derechos del niño", en "*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000.

SULLIVAN, D.: "The Public/Private Distinction in International Human Rights Law" en *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Peters, J. and Wolpers, A. (Eds), Routledge, New York, 1995, pp. 126-134.

SULLIVAN, T., THOMPSON, K., WRIGHT, R., *et al.*: *Social problems: Divergent perspectives*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1980.

SULLIVAN, D.J.: "Women's Human Rights and the 1993 World Conference on Human Rights" en *The American Journal of International Law*, vol. 88, nº. 1, 1994, pp. 152-167.

TABANDEH, S.: *A Muslim Commentary of the Universal Declaration of Human Rights*, F.T. Goulding and Company Limited, London, 1970.

TOMASEVSKI, K.: "Los derechos de las mujeres: de la prohibición a la eliminación de la discriminación" en *Aportes Andinos*, núm. 12, *Género y derechos humanos*, Universidad Andina Simón Bolívar, diciembre 2004.

TORO HUERTA, M.I.: "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, 2006, pp. 513-549.

VAN BOVEN, TC.: "Estudio del Derecho Internacional positivo sobre derechos humanos" en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, vol. I, Karel Vasak, Serbal/Unesco, 1984.

VELÁZQUEZ BORGES, S.M.: "Las Reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 41, Nº. 115, Medellín-Colombia, Julio-diciembre de 2011, pp. 427-449.

VILLÁN DURÁN, C.:

- "La Declaración Universal de Derechos Humanos" en *Hechos y Derechos* - dedicado al cincuentenario de la DUDH-, nº 5, 1998.
- "El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ (Dir.) ANTONIO PASTOR PALOMAR (Coord.), Vol. 1, Colección Escuela Diplomática nº 15, Madrid, 2009.

WHITWORTH, S.: *Feminism and International Relations, Towards a Political Economy of Gender in Interstate and Non-Governmental Institutions* (reprinted with alterations, 1º ed. 1994), McMillan, UK, London, 1997.

2.- La protección frente a formas específicas de violencia contra la mujer

AGIRREGOMEZKORTA, R.B.: “Mapeando abordajes: escenarios y acciones de la lucha contra la trata de personas” en *Trata de personas, dignidad y derechos humanos*, Nuria Cordero Ramos, Pilar Cruz Zúñiga y Norman Solórzano Alfaro (Ed.), Arcibel Editores, Sevilla, 2012.

ARROYO VARGAS, R., VALLADARES TAYUPANTA, L: “Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres” en *Violencia sexual contra las mujeres*, Ed. Gilma Andrade Moncayo, Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género, La Morada, Corporación Promoción de la Mujer, Serie Documentos Técnicos Jurídicos, 2005, pp. 397- 461.

ASUA BATARRITA, A: “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico” en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Ed. Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria Gazteiz, 1998.

BADIA MARTÍ, A. M^a: “Trata de personas y explotación de la prostitución ajena” en *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas* Anna M^a BADIA MARTÍ, A.M. (Dir), ÁLVAREZ VERDUGO, M. et al., Barcelona 2008.

BOISTER N.: “Transnational Criminal Law?” en *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 953-976.

BROWNMILLER, S.: *Against our will: Men, Women and Rape*, Harmondsworth, Penguin Books, 1976.

BYERS, S., SEARS, H., WHELAN, J., SAINT-PIERRE, M.: “Dating Violence Amongst New Brunswick Adolescents: A Summary of Two Studies”, Research Paper Series N° 2 (Fredericton, University of New Brunswick, Muriel McQueen Fergusson Centre for Family Violence Research, 2000).

BRUFAO CURIEL, P.: *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Fundación Alternativas, 2008.

CAICEDO CAMACHO, N. Y DÍAZ MORGADO, C.: “Género y fenómeno migratorio” en *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, SÁNCHEZ URRUTIA, A., PUMAR BELTRÁN, N. (coords.), Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.

CASADO, V.: “La mutilación genital femenina como forma de violación de los derechos humanos”, en *Género y Derechos Humanos*, ANDRÉS GARCÍA INDA Y ENMANUELA LOMBARDO (Coord.), Mira Ed., Zaragoza, 2002, pp. 417 a 433.

COPELON, R.: “Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura” en *Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*, Rebecca J. Cook (ed.), Filadelfia, Universidad de Pensilvania, 1994, pp. 110 a 144.

CHAPPELL, D., Di MARTINO, V.: *Violence at work*, 3ª edition, International Labour Office, Geneva 2006.

CRUZ, A., KLINGER, S.: “Gender-based Violence in the Worl of Work: Overview and Select Annotated Bibliography”, OIT, documento de trabajo núm. 3, 2011.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea” en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., POELEMANS M. (Coord.), Navarra, Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi., 2013.

EISNER, M., GHUNEIM, L.: “Honor Killing Attitudes Amongst Adolescents in Amman, Jordan”, Institute of Criminology, Cambridge, Aggressive Behavior, October 2013, Vol. 39, pp. 405-417 (2013), Published online 6 June 2013, in Wiley Online Library.

FERNÁNDEZ, S.: “Contextualización de la trata: la esclavitud que permanece” en *Trata de personas, dignidad y derechos humanos*, Nuria Cordero Ramos, Pilar Cruz Zúñiga y Norman Solórzano Alfaro (Ed.), ArCibel Editores, Sevilla, 2012.

GALLAGHER, A.T: “Strengthening national responses to the crime of trafficking: Obstacles, responsibilities and opportunities” en *Development Bulletin* 66, 2004, pp. 8 a 12.

IGAREDA GONZÁLEZ, N: “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género” en *Oñati Socio-legal Series*, V. 5, N. 2, 2015, pp. 613-624.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013, de 4 de abril de 2013” en *REDI*, Vol. LXV (2013), 2, pp. 349 - 356.

JOHNSDOTTER, S., MESTRE I MESTRE, R.M.: *Female genital mutilation in Europe: An analysis of court cases*, European Commission: Directorate-General for Justice, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2015.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 07-08 (2005), pp. 08:1-08:23.

MACHADO RUIZ, Mª. D.: “Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos” en *Diversidad cultural, género y derecho*, LAURENZO COPELLO, P., DURÁN MUÑOZ, R. (Coord.), 2014, pp. 605-630.

MESTRE I MESTRE, R. M.: “Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, 29, pp. 205-219.

MEYERSFELD, B.:

- “Domestic, Violence, Health, and International Law”, *Emory International Law Review*, Vol. 22, 2008, pp. 61-112.

- “Domestic Violence and International Law”, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012.

MILANO, V:

- “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 32, 2016.
- “The Human Rights-based approach to human trafficking in international law: An análisis from a victim protection perspective”. Tesis Doctoral 2018, Universitat de les Illes Balears.

NUÑO GÓMEZ, L.: La Mutilación Genital Femenina en Europa: el dilema de la triple alteridad” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, 29, pp. 185-204.

OBAKATA, T.; *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective. Towards a Holistic approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2006.

ORBEGOZO ORONÓZ, I.: “La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una perspectiva victimológica y de género” en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN y M. POELEMANS (Coord.), Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, pp.107-136.

PEEL, M.: *Rape as a method of torture*, Peel, M. (ed.), Medical Foundation for the care of victims of torture, 2004.

PÉREZ ALONSO, E.J.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico- penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PETERS, E.: *Torture*, Basil Blackwell, 1ª ed., New York, 1985.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: “Análisis de los instrumentos internacionales de cooperación contra la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual” en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., POELEMANS, M.(Coord., Navarra, Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

RUIZ SUTIL, C.: “La técnica legal del “hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, número 2, octubre de 2015, pp. 320 a 344.

RUEDA MARTÍN, Mª A.: *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Reus, Madrid, 2012.

RUEDA VALDIVIA, R.: “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género” en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque multidisciplinar*, LARA AGUADO, Á. (Dir.), 2012, pp. 231- a 256.

SALDAÑA, M^a. N.: “Violencia contra la mujer, crímenes de honor y prácticas culturales y religiosas perjudiciales: estándares internacionales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas”, en *Laicidad y creencias. Feminismo/s*, NIEVES MONTESINOS SÁNCHEZ Y BEATRIZ SOUTO GALVÁN (coords.), 28 (diciembre 2016), pp. 91-132.

SALINAS DE FRÍAS, A.: “La mutilación genital femenina (MGF) en el marco de la violencia contra la mujer” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14/2º Semestre, 2009, pp. 59 a 91.

VELOCCI, C., GARRIDO, L., VALIÑO, V.: *Análisis socio jurídico de la trata con fines de prostitución forzada: Herramientas para una intervención desde una perspectiva de derechos*, Ed. Observatori DESC - Genera – Antígona, noviembre de 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

ZHANG: *Smuggling and trafficking in Human beings. All roads led to America*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 2007.

3.- La protección de las mujeres especialmente vulnerables: mujeres con discapacidad, migrantes, refugiadas y en situación de conflicto armado.

ABRIL STOFFELS, R.: “La mujer como partícipe y destinatario de las estrategias de paz y seguridad: desarrollos recientes y retos planteados” en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 98, Julio-Diciembre 2011, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, pp. 17-79.

ABRISKETA, J.:

- *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*, Alberdania, Zarautz, 2005.
- “La Corte Penal Internacional: sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 639-657.

AGIRRE-ARANBURU, X.: “La violación sexual más allá de toda duda razonable: el uso de prueba y análisis de patrones en casos internacionales” en *Est. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 13(2), julio-diciembre de 2011, pp. 11-42.

AMBOS, K.: “Thematic investigation and prosecution of International sex crimes: some critical comments from a theoretical and comparative perspective” en *Thematic prosecution of sex crimes*, M. Bergsmo (Ed.) FICHL Publication Series núm.1, 2012, pp. 291 –315.

ANGULO-PASEL, C.:

- “Navigating Risks Across Borders: The Lived Experiences of Central American Women Migrants”, *Theses and Dissertations* (Comprehensive), 2018.
- “Complex migration: A woman’s transit journey through Mexico” documento de trabajo, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, febrero de 2015.

BODELÓN, E.: “Violencia institucional y violencia de género” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 131-155.

BONET PÉREZ, J.: “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 309-349.

BUGNION, F.: “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 844, Diciembre 2001.

CABALLERO RICO, S.: “La conculcación de los derechos humanos de la mujer como hilo fundamental de los delitos sexuales cometidos en tiempo de conflicto armado”, en *Género y Derechos Humanos*, GARCÍA INDA, A., LOMBARDO, E. (Coord.), Mira Ed., Zaragoza, 2002, pp. 403-416.

CARRILLO SALCEDO, J.A. “La Cour pénale internationale: l’humanité trouve une place dans le Droit international” en *Révue Générale de Droit International Public*, 1999-1 (vol. 103) pp. 23-28.

CASSESE, A.: *The Rome Statute of the International Criminal Court; a commentary*, Vol. I, Cassese, Gaeta, Jones (edit.), 2002.

CHINKIN, C.: “Rape and Sexual Abuse of Women International Law” en *European Journal of International Law*, 1994, núm. 3, pp. 326-341.

CHINKIN, C., KALDOR, M: “Gender and New Wars” en *Journal of International Affairs*, vol. 67, 2013, numero 1, pp. 167-185.

CINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Principios y procedimientos de prueba en caso de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: su aplicación en las instancias judiciales internas”, en “*Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno: Seminario internacional*”, MARTÍN BERISTAÍN (Coord.), 2007, pp. 171-210.

CUENCA GÓMEZ, P.: “Igualdad, no discriminación y derechos de las personas con discapacidad” en “*El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*”, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.- Coord.), Ed. Comares, Granada, 2014.

DOSWALD-BECK, L., VITÉ, S.: “Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Volume 18 Issue 116, número especial, 1993, pp. 99-126.

DRAKE, A.M.: “Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women-A look at Forced Pregnancy under the Rome Statute” en *William and Mary Journal of Women and the Law*, vol. 18, número 3, 2011-2012.

DURHAM, H.: “Women, armed conflict and international law” en *International Review of the Red Cross*, N° 847, 2002, pp. 655-656.

ELIZONDO, D.: “La protección internacional de los refugiados: retos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados en las crisis humanitarias actuales” en *El Derecho Internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, CAMPS MIRABET, N. (Coord.), Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 2005, pp.85-108.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados” en *El Derecho Internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados, y otros migrantes involuntarios*, CAMPS MIRABET, N. (Coord.), Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 2005, pp. 59-70.

FRIEYRO DE LARA, B., ROBLES CARRILLO, M.: “La integración de la perspectiva de género en el análisis de los conflictos armados y la seguridad” en *Cuadernos de Estrategia* (Ministerio de Defensa), N° 157, 2012, pp. 53-88.

GARDAM, J.: “La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 23, núm. 147, septiembre 1998, pp. 453-467.

GARDAM, J., CHARLESWORTH, H.: “Protection on Women in Armed Conflict” en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, n° 1, 2000.

GASSER, H-P.: “El Derecho Internacional Humanitario y la protección de las víctimas de la guerra”, *CICR*, 1998.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 527-540.

HEALY, S.A.: “Prosecuting rape under the statute of the war crimes Tribunal for the former Yugoslavia” en *Brooklyn Journal of International Law*, Volume XXI, Number 2, 1995.

HENNION, C.: “El desplazamiento y la violencia contra las mujeres en Afganistán” en *Revista Migraciones Forzadas*, Núm. 46, mayo 2014.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.:

- “La persecución de género en el Derecho Internacional de los Refugiados: Nuevas perspectivas”, en (33) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2017).

- “La influencia del Programa “La mujer, la paz y la seguridad” en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unión Europea” en *Cuadernos Europeos de Deusto*, número 57/2017, Bilbao, pp. 101-132.

KRILL, F.: “La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 72, diciembre-enero 1985, pp. 347-375.

LARREÁTEGUI BENAVIDES, P.A.: “*Refugio, nacionalidad y las trabas ocultas en el sistema humanitario*”, Ed. Abya-Yala, Quito-Ecuador, octubre 2011.

LAWSON, A.: “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?” en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007.

LINDSEY, C: “Las mujeres y la guerra” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 82, Núm. 839, 2000, pp. 561-580.

LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.:

- “Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

- “*La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*”, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.

LÓPEZ SOSA, C.: “La violación: una lectura desde el rol de género” en *Estudios multidisciplinares de género*, N. 1, 2004, Universidad de Salamanca, Centros de Estudios de la Mujer, pp. 227-239.

MACKINNON, C.A.:

- “Defining rape internationally: a coment on Akayesu” en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2006, pp. 940-958.
- “Rape, Genocide, and Women’s Human Rights” en *Harvard Women’s Law Journal*, vol. 17, 1994, pp. 5-47.

MAGALLÓN PORTOLÉS, C:

- “Mujer, paz y seguridad: un balance de la Resolución 1325” en *Balance de una década de paz y conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional*, *Anuario CEIPAZ 2010-2011*, Mesa, M.: (Coord.), Madrid-CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, 2010.
- *Mujeres en pie de paz*, Ed. Siglo XXI, Madrid 2006.

MÉGRET, F.: “The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? en *Human Rights Quartely*, núm. 30, 2008, pp. 494-516.

MERON T.:

“Rape as a crime under International Humanitaria Law”, *American Journal of International Law*, Editorial Comment, July 1993, Vol. 87, Núm. 3, pp. 424-428.

- “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, *American Journal International Law*, 78, 80, 1994.

MESA, M: “Las mujeres cuentan: Informe de seguimiento sobre la aplicación de la Resolución 1325 en España”, CEIPAZ, Madrid 2011.

MIGUEL JUAN, C.: “Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas”, tesis doctoral, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Valencia, 2014.

MOHAMED ABDI, A.: “Refugees, Gender-based Violence and Resistance: A Case Study of Somali Refugee Women in Kenya” en “Women, Migration and Citizenship”, Ed. Ashgate, GB, febrero 2013.

MOVILLA PATEIRO, L.: “Tratamiento Jurídico-Internacional del Uso de la Violación como Arma de Guerra: avances y retos”, *Trabajos y ensayos*, Núm. 11, enero 2010.

OACDH, QUINN, G., DEGENER T.: “Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002.

OJINAGA RUIZ, M.R:

- “Mujeres, paz y seguridad en la Unión Europea”, Cuadernos *Cantabria Europa*, nº 9, 2010, pp. 10-48.
- “La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario” en *Derecho Internacional Humanitario*, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2007, pp. 583-614.
- “La prohibición y criminalización en Derecho Internacional de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 19, 2002, pp. 199- 265.

OOSTERVELD, V.: “The definition of “Gender” in the Rome Statute of International Criminal Court: ¿A step forward or Back for International Criminal Justice? en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005, pp. 55-84.

ORIHUELA CALATAYUD, E.:

- “¿Justicia restaurativa para las víctimas? El Papel de la Corte Penal Internacional” en *Conflictos, Nuevos Colonialismos y Derechos Humanos en una Sociedad Internacional en crisis*”, Donostiako Giza Eskubideei buruzko, Ikastaroen Urtekaria, Vol. XIII, Bilduma, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Juan Soroeta Liceras (Dtor)., 2013, pp. 23- 80.
- *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014.

PALACIÁN DE INZA, B.: “La Declaración del G-8 sobre la prevención de la violencia sexual en conflicto”, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Análisis 28/2013, 13 mayo 2013.

PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ed. Cinca, Madrid, 2008.

PUECHGUIRBAL, N.: "Discourses on Gender, Patriarchy and Resolution 1325: A Textual Analysis of UN Documents" en *International Peacekeeping*, vol. 17, nº. 2, 2010.

RAMÍREZ, M. H.: "El impacto del desplazamiento forzado sobre las mujeres en Colombia" en *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, 3, 2001.

RAMÓN CHORNET, C.: "Los refugiados del nuevo siglo" en *Los retos humanitarios del siglo XX*, Consuelo Ramón Chornet (Ed.), PUV Universitat de València, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

REY ANEIROS, A.: "La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿nuevo estatuto jurídico de las personas con discapacidad?", en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.) PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), Vol. 1, Colección Escuela Diplomática nº 15, 2009.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: "Derechos humanos y lucha contra la impunidad" en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.) PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), Vol. 1, 2009, pp. 63-92.

RODRÍGUEZ MANZANO, I.: "¿Más que víctimas?: una lectura teórico-discursiva de la Resolución 1325, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad" en *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, VÁZQUEZ GÓMEZ, E.A., ADAM MUÑOZ, M.D. y CORNAGO PRIETO, N (Coord.), Tirant lo Blanch, 2013.

SALADO OSUNA, A.: "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos", La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Premio Rafael Martínez Emperador, 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *REEI*, 13, 2007, pp. 1-26.

SEGURA, C.: "Las nuevas guerras del siglo XXI. Tendencias de la conflictividad armada contemporánea", *Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, WP número 323, 2013.

SELLERS, P. VISEUR: "Gender Strategy is Not Luxury for International Courts Symposium: Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes Before Internationalized Criminal Courts" en *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 17, número 2, 2009, pp. 327-335.

SHARRAT, S.: *Gender, Shame and Sexual Violence. The voices of Witnesses and Court Members at War Crimes Tribunals*, Ashgate Publishing Limited, England, 2011.

SOLANAS, M.: "Mujeres, paz y seguridad: lejos de las aspiraciones de la Resolución 1325" en *ARI 44/2015*, Real Instituto Elcano, 15 de septiembre de 2015.

STEWART, J.: “Hacia una definición única de conflicto armado en el Derecho Internacional Humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 85, núm. 850, 30 junio 2003, pp. 313-350.

SWAINE, A.: “Assessing the potential of national Actions Plans to Advance Implementation of United Nations Security Council Resolution 1325” en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, pp. 403-433.

THOMAS, D.Q., RALPH, R. E.: “Rape in war, challenging the tradition of impunity”, en *SAIS Review*, Johns Hopkins University Press, 1994.

TORROJA MATEU, H.: “La consideración de la trata de mujeres y niños como crimen de Derecho Internacional” en *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas* BADIA MARTÍ, A.Mª (Dir), ÁLVAREZ VERDUGO, M. *et al.*, Barcelona 2008.

TRIFFTERER, O.: *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court*, 2ª ed., Hart Publishing, 2008.

TRYGGESTAD, T.: “Trick or Threat? The UN and Implementation of Security Council Resolution 1325 on Women, Peace and Security” en *Global Governance*, Vol. 15, nº4, 2009.

TÜRK V.: “El estatuto de apatridia 60 años después” en *Revista Migraciones Forzadas*, Núm. 46, junio 2014, pp. 46-48.

VILLÁN DURÁN, C.: “Los Derechos Humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas” en *Inmigración, derechos humanos y relaciones internacionales. Antecedentes, situación actual y perspectivas de futuro*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, publicado en UGT de Castilla y León (Editor), León, 2005, pp. 149-180.

WISEUR SELLERS, P.: “Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: la importancia de los derechos humanos como medio de interpretación”, (s.f.), pp. 1-44. Disponible en: www.fmyv.es/ci/es/DH/19

VILLELLAS ARIÑO, M.: “La violencia sexual como arma de guerra” en *Quaderns de Construcció de Pau*, Núm. 15, Escola de cultura de pau, Septiembre 2010, pp. 1-15.

WALLACE R.M., MARTÍN ORTEGA, O.: “La perspectiva de género en los procesos de concesión del estatuto de refugiada en Derecho Internacional” en *Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, núm. 11, 2004, pp. 89-96.

WILLET, S.: “Introduction: Security Council Resolution 1325: Assessing the Impact on Women, Peace and Security” en *International Peacekeeping*, vol. 17, n.º 2, 2010, pp. 142-158.

ZORILLA, M.: “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual” en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 34, Instituto de Derechos Humanos, Univ. Deusto, Bilbao, 2005.

4.- La protección de los derechos de las mujeres en los sistemas regionales.

4.1.- El marco jurídico europeo.

ALIJA FERNÁNDEZ, R.A.: “La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa” en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pp. 1-48.

BATES, E.A., GRAHAM-KEVAN, N. ARCHER, J.: “Testing predictions from the male control theory of men’s partner violence” en *Aggressive Behavior*, Vol. 40, Issue 1, enero 2014, pp. 42-55.

BONET PÉREZ, J., BONDÍA GARCÍA D.: “La Carta Social Europea”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F (Dir); PUREZA JM, Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 441-480.

BUSTELO, M., LOMBARDO E.: “Los ‘marcos interpretativos’ de las políticas de igualdad en Europa: conciliación, violencia y desigualdad de género en política”, en *Revista Española de Ciencia Política*, número 14, abril 2006, pp. 117-140.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, GÓMEZ ISA, F. (Dir), PUREZA, J.M., Univ. de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 395-444.

CHURRUCA C., NAGORE, M.: “The EU’s Framework for the Promotion of Human Rights 1, and Democracy Support” en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 53/2015, Bilbao, págs. 19-51.

DARA, S.: “Unprecedented Domestic Violence Study Affirms Need to Recognize Male Victims”, en *NY (PRWEB)*, May 21, 2013.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: “La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.), Vol. 2, 2010, Colección Escuela Diplomática nº 16, pp. 141-155.

GALLEGO SÁNCHEZ, G.: “El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer” en *Revista de Jurisprudencia*, número 2, 12 septiembre 2015.

HERMIDA DEL LLANO, C.: “El Tratado de Lisboa: ¿una Europa de derechos y valores?” en *Reviste Recunoscute CNCISIS, Revista DREPT-Series Jurisprudentia*, núm. 12, 2009, pp. 106-112.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El sistema europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social (II)” en “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coord.), Ed. Dilex, S.L., Madrid, 2000, pp.129-159; pp. 161-189.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C: “La influencia del Programa “La mujer, la paz y la seguridad” en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unión Europea” en *Cuadernos Europeos de Deusto*, número 57/2017, Bilbao, pp. 101-132.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “Derechos Humanos y Unión Europea” en *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. IV, 2000.

LÓPEZ GUERRA, L.M.: “Los Protocolos de reforma número 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos” Civitas, *Revista española de derecho europeo*, núm. 49, 2014, pp. 11-29.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género” en *Aequalitas*, núm. 35, 2014, pp. 6-15.

LLORIA GARCÍA, P.: “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El Convenio de Estambul” en *La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común*, Coord. MARÍA CERVERA VALLTERRA, 2015, pp. 89 – 94.

MACKINNON, C. A.: “Rantsev v. Chipre & Rusia, App. No. 25965/04” (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010) en *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, pp. 107-115.

MANGAS MARTÍN, A.: “La contribución de la Unión Europea al respeto de los derechos humanos: luces y sombras” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.), Vol. 2, 2010, Colección Escuela Diplomática nº 16, pp. 19-34.

MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Protección a las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa” en *Revista de Derecho Comunitario Europea*, número 39, mayo-agosto 2011, Madrid, pp. 407-442.

MERCADO CARMONA, C.: “La erradicación de la violencia contra la mujer por tratado: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017:30, pp. 213-239.

PITCH, T.: “La violencia contra las mujeres y sus usos políticos” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 19-29.

SALINAS DE FRÍAS, A.:

- *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *aquiescencia*, noviembre 23, 2015.
- “La adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Carta Social Europea” en *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M., JIMENA QUESADA, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “El régimen de limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en *La Unión Europea ante el Siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas de la XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derechos Internacional y Relaciones Internacionales, Coord. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., Madrid, 2003. pp. 153-158.

SANZ CABALLERO, S: “Los derechos fundamentales como instrumento de integración regional en Europa”, *Revista URBE et IUS*, Buenos Aires, núm. 13, 2014, pp. 75-82.

ORTEGA GÓMEZ, M.: “La trata de seres humanos en el Derechos de la Unión Europea”, en “*Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*” Coord. BADIA MARTÍ, A. Mª, PIGRAU I SOLÉ, A., OLESTI RAYO, A. Vol. 2 (La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo), Madrid, 2009.

PERAMATO MARTÍN, T.: “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución” en *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 51, 2015, pp. 8-25.

PETITPAS, E. NELLES, J.: “El Convenio de Estambul: nuevo tratado, nueva herramienta” en *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 49, mayo 2015, pp. 83-87.

USHAKOVA, T.: “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, núm. 4, octubre-diciembre de 2013, @ 2013 ADAPT University Press - ISSN 2282-2313, pp. 1-18.

VALSAN, L.: “The great danger of the Istanbul Convention” en *A voice for Men, Changing the culture narrative*, Enero 2013, <https://www.avoicemen.com> (última consulta 19/04/2019).

VENTURA FRANCH, A.: “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica” en *Revista de Derecho Político*, núm. 97, septiembre-diciembre 2016, pp. 179-208.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas” en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 13-14, 2011, pp. 14:1 a 14:52.

4.2.- La OEA

CARCEDO, A: “No olvidamos ni aceptamos: femicidio en Centroamérica 2000-2006”, San José C.R., CEFEMINA, 2010.

DEERE, C.D. y LEÓN, M.: “Derechos de propiedad, herencia de las esposas e igualdad de género: aspectos comparativos entre Brasil e Hispanoamérica”, en *Revista de Estudios Feminista*, vol. 9 número 2, Florianópolis 2001.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez” en *REDI*, vol. LXIII (2011), 2, pp. 11 a 50.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A: “La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Voces en el Fénix*, Año 5, número 32, marzo 2014, pp. 48-61.

LAGARDE, M.:

- “Introducción” y “Presentación a la edición en español” de *Feminicidio: una perspectiva global*, Ed. Diana Russell y Roberta Harmes, México, 2006.
- “El feminicidio, delito contra la humanidad” en *Feminicidio, justicia y derecho*, México, 2005.

MEJÍA GUERRERO, L.P.: “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Revista IIDH*, Vol. 56, 2012, pp. 189-213.

PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Comentarios a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belém do Pará” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 95, Mayo-Agosto 1999, Nueva Serie Año XXXII, pp. 667-679.

RUSELL, D.E.H: “Femicidio: politizando el asesinato de mujeres” en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organisation (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009.

SALINAS BERISTAIN, L.: “*Derecho, Género e Infancia: mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*.” Universidad Nacional de Colombia, UNIFEM, UNICEF, Universidad Autónoma Metropolitana, Colombia, 2002.

VACAS FERNÁNDEZ, F.: “La elaboración de un estatuto jurídico de víctimas de crímenes internacionales por Naciones Unidas y su aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *REDI*, vol. LXV (2013), 2, pp. 356-364.

4.3.- La UA

FAGBONGBE, M.D.: *Reconstructing women’s rights in Africa using the African regional human rights regime: problems and possibilities*, Thesis, Faculty of Graduate Studies (Law), The University of British Columbia (Vancouver), 2010.

HUSSEINI, R.: “Asesinatos “por honor” en Jordania”, en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organisation (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 119-125.

KABUNDA BADI, M.: *Derechos humanos en África*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, pp. 288 y 294.

LAKARRA ETXEBARRIA, J.: “El sistema regional de protección de derechos humanos en África: avances y deficiencias” en *Trabajos y Ensayos*, UPV/EHU, núm. 16, enero de 2013, pp. 1-21.

MATHEW, S.: “Cada seis horas”: femicidio íntimo en África del Sur” en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organisation (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 51- 57.

ODIMBA, J.C.: “Protección de los derechos fundamentales en África”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 6, julio- diciembre de 2006, pp. 107- 145.

WELCH C.E. Jr.: “Human Rights and African Women: A Comparison of Protection Under Two Major Treaties” en *Human Rights Quarterly*, nº 15, 1993.

4.4.- La ASEAN

ARP, B.: “La nueva Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN: ¿un avance global de derechos humanos o un tigre sin dientes? [20] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2010); pp. 1- 25.

FELIU, L.: “El movimiento feminista y los derechos de la mujer en el mundo árabe” en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VIII, 2007, Universidad del País Vasco, pp. 95-117.

GALLAGHER, A.T.: “A Shadow Report on Human Trafficking in Lao PDR: The U.S. Approach v. International Law” en *Asian and Pacific Migration Journal*, Vol. 16 Iss. 1 (2007).

MUNTARBHORN, V.: “Hacia un sistema de protección de los derechos humanos en Asia y Pacífico”, MILÁ MORENO y GÓMEZ ISA (trad.), en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, MILÁ MORENO y GÓMEZ ISA (trad.), GÓMEZ ISA, F. (dir.), PUREZA, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 623-635.

NIETO, G.: “Los límites a los “valores asiáticos”: derechos humanos y equidad de género en China” en *Mujeres, Globalización y Derechos Humanos*, Virginia Maquieira (ed.), 2006, pp. 293-344.

RAHA, S.: “Study of the SAARC convention as an initiative to combat trafficking in South Asia” en *Development Bulletin* 66, 2004, pp. 83 - 86.

RENSHAW, C.: “Human Trafficking in Southeast Asia: Uncovering the Dynamics of State Commitment and Compliance” en *Michigan Journal of International Law*, vol. 37, Núm. 4, 2016, pp. 610- 659.

SEVERINO RODOLFO, C.: “The ASEAN Charter: An opportunity not be missed”, *UNISCI Discusión Papers*, nº 12, Octubre 2006, pp. 163-171.

VIRENDRA KUMAR, M.D.: “Muertes por dote (quema de la novia) en la India” en *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropriate in Health (PATH), interCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organisation (WHO), Ed. Irene Agudelo y Ruth Largaespada, 2009, pp. 127-135.

2.- OTRAS FUENTES JURÍDICAS DOCUMENTALES

2.1.- Tratados internacionales específicos sobre derechos de las mujeres y violencia contra las mujeres.

International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 18 May 1904.

International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, May 4, 1910.

C003 Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en Washington, 1ª reunión CIT, 29 noviembre 1919.

C004 Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres, adoptado en Washington, 1ª reunión CIT, 28 noviembre 1919.

International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, concluded at Geneva on 30 September 1921.

International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age, concluded at Geneva on 11 October 1933.

C045 Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), adoptado en Ginebra, 19ª reunión CIT, 21 junio 1935.

C103 Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en Ginebra, 35ª reunión CIT, 28 junio 1952.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Resolución 640 (VII) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1952.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. N.U. Doc. A/RES/1040 (XI), 29 de enero de 1957.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por Resolución de la Asamblea General A/RES/34/180 de 18 diciembre de 1979.

C156 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra, 67ª reunión CIT de 23 junio de 1981.

Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, de 1994.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000.

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Protocolo de Maputo), adoptado en Maputo (Mozambique) el 11 julio de 2003.

Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11/05/2011, CETS No.210.

C189 Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptado en Ginebra, 100ª reunión CIT (16 junio 2011).

2.2- Actos normativos e institucionales.

2.2.1.- Sistema universal.

1- Asamblea General.

A/RES/843 (IX), 17 December de 1954, Status of women in private law: customs, ancient laws, and practices affecting the human dignity of women.

A/RES/2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, Declaración sobre eliminación de la discriminación contra la mujer.

A/RES/3010 (XXVII) 18 diciembre 1972, Año Internacional de la Mujer.

A/RES/3520 (XXX), 15 diciembre de 1975, Decenio de Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz.

A/RES/40/36, 29 noviembre 1985, sobre violencia en el hogar.

A/RES/48/104, de 20 de diciembre de 1993, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

A/RES/49/166, 24 de febrero de 1995, Trata de mujeres y niñas.

A/RES 50/203, 23 de febrero de 1996, Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de acción de Beijing.

A/RES/S-23, 16 de noviembre de 2000, La mujer en el año 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI.

A/S-23/10/Rev.1, 2000: “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”. Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

A/RES/56/128, 30 de enero de 2002, prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña.

A/RES/58/147, de 22 de diciembre de 2003, eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar.

A/RES/59/165, 10 de febrero de 2005, Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la niña.

A/RES/61/143, de 30 de enero de 2007, “Intensificación de los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer”. Resoluciones sucesivas del mismo título: A/RES/62/133, de 18 diciembre de 2007; A/RES/63/155, 18 de diciembre de 2008; A/RES/64/137, 18 diciembre de 2009; A/RES/65/187 de 21 de diciembre de 2010, A/RES/67/144, de 20 diciembre 2012, A/RES/69/147, 18 diciembre 2014, A/RES/71/170, 7 de febrero de 2017 y A/RES/73/148, 11 de enero 2019.

A/RES/62/134, 7 de febrero de 2008, “Eliminación de la violación y otras formas de violencia sexual en todas sus manifestaciones, especialmente en situaciones de conflicto y situaciones análogas”.

A/RES/64/293, 12 agosto de 2010, “Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas”.

A/RES/65/229, 16 de marzo de 2011, Resolución de la Asamblea General que aprueba las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

A/RES/67/146, de 20 de diciembre de 2012, Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina.

A/RES/70/1, 21 octubre 2015, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

A/RES/70/176, 8 de enero de 2016, Adopción de medidas contra el asesinato de mujeres y niñas por razones de género.

A/RES/71/169, 3 de febrero de 2016, Intensificación de los esfuerzos para erradicar la fístula obstétrica.

A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016, Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes.

A/RES/71/175, de 19 de diciembre de 2016 “Matrimonio infantil, precoz y forzado”.

A/RES/71/167, de 2 de febrero de 2017, Trata de mujeres y niñas.

A/RES/71/170, 7 de febrero de 2017, Intensificación de los esfuerzos para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas: la violencia doméstica.

A/RES/72/1, de 9 de octubre de 2017, Declaración política sobre la aplicación del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas.

A/RES/72/149, 17 de enero de 2018 “Violencia contra las trabajadoras migratorias”.

2- Consejo de Derechos Humanos.

E/CN.4 RES 1993/46, 8 de marzo y E/CN.4 RES 1994/45, 4 de marzo, “La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer”.

A/HRC/RES/7/24, A/HRC/RES/14/2, A/HRC/RES/16/7, A/HRC/RES/17/11, A/HRC/RES/20/12 y A/HRC/RES/23/25 sobre las prórrogas del mandato de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub.2/1994/56, 28 octubre 1994, Resolución 1994/26, Declaración de Turku, Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas.

A/HRC/RES/23/25, 25 de junio de 2013, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: prevención de las violaciones y otras formas de violencia sexual y respuesta ante ellas”.

A/HRC/29/L.16/Rev.1, 1 de julio de 2015, Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: eliminación de la violencia doméstica.

A/HRC/32/L.28/Rev.1, 30 de junio de 2016, Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer: prevención de la violencia contra las mujeres y niñas, incluidas las mujeres y las niñas indígenas, y respuesta a este fenómeno.

A/HRC/32/3/L.6, 30 de junio de 2016, “Trata de personas, especialmente mujeres y niños: protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata, especialmente las mujeres y los niños, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos”.

A/69/53, 2014, Resolución 26/15, 26 junio de 2014, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia contra la mujer como obstáculo para el empoderamiento político y económico de la mujer.

A/HRC/RES/29/2, 22 de julio de 2015, “Protección de los derechos humanos de los migrantes: migrantes en tránsito”.

A/70/53 de 2015, Resolución 29/12 sobre los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos.

A/70/53, 2015, Resolución 29/14, 2 julio de 2015 “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: eliminación de la violencia doméstica”.

A/HRC/32/3, de 30 de junio de 2016, “Trata de personas, especialmente mujeres y niños: protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata, especialmente las mujeres y los niños, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos”.

A/71/53, 2016, Resolución 32/19, 1 julio 2016, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas, incluidas las mujeres y niñas indígenas, y respuesta a este fenómeno”.

A/72/53, 2017, Resolución 35/10, 22 junio de 2017, “Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer: participación de los hombres y los niños en la prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas y en la respuesta a este fenómeno”.

A/HRC/RES/35/16, 22 de junio de 2017. Matrimonio infantil, precoz y forzado en situaciones humanitarias.

A/73/52, 2018, Resolución 38/5, 5 de julio de 2018, “Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas: prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas en los contextos digitales y responder a ese fenómeno”.

3- Consejo de Seguridad.

S/RES/1325 (2000), 31 octubre de 2000, sobre la mujer, la paz y la seguridad.

S/RES/1820(2008), S/RES/1888(2009), S/RES/1889(2009), S/RES/1960(2010), S/RES/2106(2013), S/RES/2122(2013), S/RES/2242(2015) del programa mujeres, paz y seguridad.

4- ECOSOC.

Resolución del ECOSOC, E/RES/2/11, 21 de junio 1946, constituye la Comisión de la Condición jurídica y Social de la Mujer.

E/RES/1985-17 ECOSOC Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

E/1997/66, 12 junio 1997, Coordination of the policies and activities of the specialized agencies and other bodies of the United Nations system: mainstreaming the gender perspective into all policies and programmes in the United Nations system: report of the secretary-general.

5- Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

E/1998/27-E/CN.6/1998/12, marzo 1998, Conclusiones convenidas en su 42º período de sesiones sobre la mujer y los conflictos armados.

E/1997/27, 21 marzo 1997, Resolution 41/6, marzo 1997, Mainstreaming gender perspective into all policies and programmes in the United Nations system.

E/2007/27-E/CN.6/2007/9, marzo 2006, Conclusiones convenidas en su 51º período de sesiones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra la niña.

E/CN.6/2010/11. Examen de 15 años de la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Informe sobre el 54º período de sesiones (13 de marzo y 14 de octubre de 2009 y 1 a 12 de marzo de 2010).

E/2013/27, E/CN.6/2013/11, marzo 2013, Conclusiones convenidas en su 57º período de sesiones sobre la eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra la mujer y la niña.

E/CN.6/2015/10. Examen de 20 años de la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Informe sobre el 59º período de sesiones (21 de marzo de 2014 y 9 a 20 de marzo de 2015).

E/2016/27-E/CN.6/2016/22, marzo 2016, Conclusiones convenidas en su 60º período de sesiones.

E/CN.6/2017/L.5, diciembre 2016, Conclusiones convenidas en su 61º período de sesiones.

E/CN.6/2018/L.8, marzo de 2018, Conclusiones convenidas en su 62º período de sesiones.

6- Secretario General.

E/CN.6/1997/5, 18 febrero de 1997, “Nuevas opiniones de gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre un Protocolo Facultativo a la Convención CEDAW”.

E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, “Principios Rectores de los desplazamientos internos”. Informe del Representante del Secretario General, Sr.

FRANCIS M. DENG, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos.

S/2005/636, 10 octubre 2005, Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad.

A/61/122/ Add.1, de 25 de julio de 2006, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”.

A/70/124, 1 de julio de 2015, Informe del Secretario General sobre la situación de la Convención CEDAW.

S/2016/361, 20 de abril de 2016, Informe del Secretario General Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos.

A/71/223, Informe del Secretario General sobre la Trata de mujeres y niñas, 27 de Julio de 2016.

A/71/253, de 29 de julio de 2016, sobre matrimonios infantiles, precoces y forzados.

E/CN.6/2018/3, 20 de diciembre de 2017, Informe del Secretario General, “Desafíos y oportunidades en el logro de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas rurales”.

S/2017/249, de 15 de abril de 2017, Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos.

S/2017/861, 16 de octubre de 2017, Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad.

A/63/214, 4 agosto de 2008; A/65/208, 2 agosto de 2010; A/67/220, 1 de agosto de 2012, A/69/222, de 1 de agosto de 2014, A/71/219, de 27 de julio de 2016, y A/73/294, 3 agosto de 2018, todos ellos sobre “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”.

7.- UNODC.

“Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, 2004.

“Estudio Mundial sobre el Homicidio.” Resumen Ejecutivo, 2013.

Manual para la lucha contra la trata de personas, Programa Mundial contra la trata de personas, 2007.

8.- ACNUDH

E/2002/68/Add.1, 20 mayo 2002, “Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”, y “Comentario. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”.

9.- ACNUR

Conclusiones Núm. 39 (XXXVI) “Las mujeres refugiadas y la protección internacional” 1985.

Conclusiones Núm. 54 (XXXIX) “Mujeres refugiadas” 1988

Conclusiones Núm. 60 (XL) “Mujeres refugiadas” 1989.

Conclusiones Núm. 64 (XLI) “Las mujeres refugiadas y la protección internacional” 1990.

Conclusiones Núm. 73 (XLIV) “Protección de las refugiadas y violencia sexual” 1993.

HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, Directrices nº 1 sobre la persecución por motivos de género.

HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002, Directrices nº 2 sobre la pertenencia a un determinado grupo social.

HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, Directrices sobre Protección Internacional nº. 7 en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata.

HCR/GIP/12/09 de 23 de octubre de 2012, Directrices nº. 9 sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género.

HCR/GIP/15/11, 24 de junio de 2015, Directrices nº. 11 *Prima facie* Recognition of Refugee Status.

HCR/GIP/16/12, 2 de diciembre de 2016, Directrices nº. 12 sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia. “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”, Guía del ACNUR para la prevención y respuesta, mayo de 2003.

“Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas”, enero 2008.

10.- Comités de los tratados.

Comité CEDAW

Recomendación General núm. 1 de 1986 sobre la presentación de informes por los Estados Partes.

Recomendación General número 4 de 1987 sobre las reservas a la Convención CEDAW.

Recomendación general CEDAW, número 12 de 1989 sobre la violencia contra la mujer.

Recomendación General número 13 de 1989 sobre la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Recomendación General número 14, de 1990 sobre la circuncisión femenina.

Recomendación General número 16 de 1991 sobre las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas.

Recomendación General número 17 de 1991 sobre medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el Producto Nacional Bruto.

Recomendación General número 18 de 1991 sobre las mujeres discapacitadas.

Recomendación General núm. 19 de 1992 sobre violencia contra las mujeres.

Recomendación General número 20 de 1992 sobre las reservas a la Convención CEDAW.

Recomendación General núm. 21 de 1994 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.

Recomendación General número 23 sobre vida política y pública.

Recomendación General Número 25, 2004, referente a medidas especiales de carácter temporal.

Recomendación General número 26 de 2008 sobre trabajadoras migratorias expuestas al abuso y la discriminación.

Recomendación General Nº 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, noviembre de 2008.

Recomendación General número 28, 16 diciembre de 2010 sobre el alcance de las obligaciones de los Estados Partes de la Convención.

Recomendación General número 29 de 2013 sobre las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución.

Recomendación General número 30 de 2013 sobre las mujeres sobre las mujeres en la prevención de conflictos, conflictos y situaciones post-conflicto.

Recomendación General número 31 de 2014 sobre las prácticas nocivas, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 (2014).

Recomendación General número 32 de 2014 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres.

Recomendación General Nº 34 sobre los derechos de las mujeres rurales, 7 de marzo de 2016.

Recomendación General número 35 de 2017 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General número 19.

CEDAW/C/ESP/CO/6, 7 agosto de 2009, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre España.

CEDAW/C/ESP/CO/7-8, 29 de julio de 2015, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavos combinados de España.

CEDAW/C/ESP/CO/7-8/Add.1, 23 de agosto de 2017, Información suministrada por España sobre el seguimiento de las Observaciones finales.

Comité de Derechos Humanos.

Comentario General número 24 del Comité de Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1994.

Observación General número 7 (1982) sobre la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Observación General número 16 (1988) sobre el derecho a la intimidad.

Observación General número 18 (1989), No discriminación.

Observación General núm. 19, (1990) Artículo 23- La familia, (1990).

Observación General número 28, (2000) “Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”.

Observación General número 31, (2004) “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Observación General número 5 sobre las personas con discapacidad, (1994).

Observación General número 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada (1999).

Observación General número 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000).

Observación General número 16, 2005 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3).

Observación General número 20 de 2 julio 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20.

Comité de Derechos del Niño.

Observación General Número 8 (2006), “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes”, CRC/C/GC/8 (2006).

Observación general Número 13 (2011), “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 abril de 2011.

Observación General número 18 sobre las prácticas nocivas, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 (2014).

Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018.

Comité contra la Tortura.

CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, Observación General nº 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012, Observación General nº 3, “Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

CMW/C/GC/1, 23 de febrero de 2011, Observación general nº 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios.

CMW/C/GC/2, 28 agosto 2013, Observación General nº 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares.

11.- Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

E/CN.4/1995/42, 22 noviembre 1995, Informe preliminar.

E/CN.4/1996/53, 5 febrero 1996, informe presentado de conformidad con la Resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos.

E/CN.4/1996/53/Add.2, 2 febrero 1996, “Marco de legislación modelo sobre la violencia doméstica”.

E/CN.4/1997/47, 12 febrero 1997.

E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, Informe presentado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión.

E/CN.4/1999/68, enero 1999, “Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen.

E/CN.4/1999/68, 10 de marzo de 1999: “La violencia contra la mujer en la familia”.

E/CN.4/2000/68, de 29 de febrero de 2000, Informe sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer.

E/CN.4/2000/68/Add. 5, 24 febrero 2000, “La política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer”.

E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001, sobre la violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000).

E/CN.4/2002/83, 31 enero de 2002, “Prácticas culturales dentro de la familia que entrañan violencia contra la mujer”.

E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003, “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer”.

E/CN.4/2004/66, diciembre 2003, “Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer”.

E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, “Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA”.

E/CN.4/2006/61, 20 enero 2006, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer. “La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer”.

E/CN.4/2006/61/Add.2, 26 de enero de 2006, Misión a la Federación de Rusia.

A/HRC/4/34, 17 enero 2007, “Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer”.

A/HRC/7/6, 29 de enero de 2008. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”.

A/HRC/11/6, 18 de mayo de 2009, “Economía política de los derechos de la mujer”.

A/HRC/11/6/Add.5, 27 de mayo de 2009, "15 years of the United Nations Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences (1994-2009): a critical review”.

A/HRC/14/22, 23 de abril de 2010.

A/HRC/17/26, 2 de mayo de 2011.

A/HRC/20/16, 23 de mayo de 2012, informe sobre homicidios de mujeres relacionados con el género.

A/67/227, 3 agosto de 2012, informe sobre mujeres con discapacidad.

A/HRC/23/49, 14 de mayo de 2013.

A/68/340, 21 de agosto de 2013, “Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres”.

A/HRC/26/38, 28 de mayo de 2014.

A/66/215, 1 de agosto de 2011, Informe presentado de conformidad con la Resolución 65/187 de la Asamblea General.

A/HRC/26/38, 28 de mayo de 2014, “Avances realizados en las Naciones Unidas en los últimos 20 años en el tema de la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias”.

A/69/368, 1 de septiembre de 2014. Informe sobre la violencia contra la mujer como obstáculo para el logro de la plena efectividad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y de desarrollo de las mujeres.

A/70/209, 29 de julio de 2015, informe presentado de conformidad con la resolución 69/147 de la Asamblea.

A/HRC/32/42, 19 abril 2016.

A/71/398, 23 septiembre de 2016.

A/72/134, 19 de julio de 2017, Idoneidad del marco jurídico internacional sobre la violencia contra la mujer.

A/73/301, 6 de agosto 2018, “La violencia contra la mujer en la política”.

A/HRC/38/47, 18 de junio de 2018, sobre la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos.

A/73/301, 6 de agosto de 2018, sobre la violencia contra la mujer en la política.

12.- Otros Relatores y expertos de Naciones Unidas.

E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 1997, informe del Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas.

E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 junio 1998, informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, “La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado”. Actualización del informe final presentado por la Sra. GAY J. MCDOUGALL en E/CN.4/Sub.2/2000/21, 6 junio 2000.

E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, Sra. ASMA JAHANGIR, presentado en cumplimiento de la Resolución 1999/35 de la Comisión de Derechos Humanos.

A/61/299, 29 de agosto de 2006, Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas.

A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008, Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, FRANÇOIS CRÉPEAU.

A/HRC/21/41, 10 de julio de 2012, Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, GULNARA SHAHINIAN, informe temático sobre el matrimonio servil.

A/HRC/26/22, 2 de abril de 2014, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado.

A/HRC/29/40, 2 de abril de 2015, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica.

A/70/95-S/2015/446, 17 junio 2015, Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz - política, alianzas y personas.

ONU-MUJERES: Estudio mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325(2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas “Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz”, 2015 ONU Mujeres.

A/69/968-S/2015/490, 30 junio 2015, Informe del Grupo Consultivo de Expertos sobre el Examen de la Estructura para la Consolidación de la Paz, “El reto de mantener la paz”.

A/HRC/31/57, 5 enero 2016, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

A/HRC/31/35, 27 de enero de 2016, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Situación de los migrantes en tránsito”.

2.2.2- Sistemas regionales

1.- Consejo de Europa.

Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusions 2006, Statement of Interpretation on Article 16.

Recommendation Rec (2002)5 of the Committee of Ministers to member states, de 30 abril de 2002 sobre protección de las mujeres contra la violencia.

Recomendación 1681 de la Asamblea parlamentaria (2004) sobre una campaña para combatir la violencia doméstica contra las mujeres en Europa.

Recommendation CM/Rec (2007)17 of the Committee of Ministers to member states on gender equality standards and mechanisms.

Recommendation CM/Rec (2010)10 of the Committee of Ministers to member states on the role of women and men in conflict prevention and resolution and in peace building. CommDH/PositionPaper(2011)1, “Commissioner for Human Rights Positions on Women's Rights”, 8 marzo 2011.

“Manual para Parlamentarios del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, febrero 2013.

GRETA (2013) 16 “Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain”, Estrasburgo, 2013.

2.- UE

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 1996, sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1997, sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (DO C 304, de 6-10-1997).

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 9 de diciembre de 1998, sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres.

Decisión nº 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres [Diario Oficial L 34 de 9.2.2000].

Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 sobre mutilación genital femenina (DO C 77 E de 28-3-2002).

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE L269/15 de 5/10/2002).

Directiva 2004/81/CE, 24 abril 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DOUE L 264, 6-8-2004).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220(INI)).

Resolución del Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2007 sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la UE en la lucha contra este fenómeno (DO C 227 E de 4-9-2008).

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la situación de las mujeres con discapacidad en la Unión Europea, 2006/2277(INI).

“Comprehensive approach to the EU implementation of the United Nations Security Council Resolutions 1325 and 1820 on Women”, Planteamiento global de la UE sobre la aplicación de las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad sobre la mujer, la paz y la seguridad, 15671/08, Bruselas, 1 de diciembre de 2008.

Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres, Consejo de Asuntos Generales de 8 de diciembre de 2008.

Resolución del Parlamento Europeo de 24 de marzo de 2009 sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (DO C 117 E de 6-5-2010).

Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DO C 285 EE de 21-10-2010).

Declaración de 22 de abril de 2009 sobre la campaña “DI NO a la violencia contra las mujeres” (DOC 184 E de 8-7-2010).

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011 (DOUE L 101, 15-4-2011) relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2011 sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (DOC 296 E de 2-10-2012).

Resolución del Parlamento Europeo 14 de junio de 2012 sobre la erradicación de la mutilación genital femenina (DO C 332 E de 15-11 2013).

Resolución del Parlamento Europeo de 25 de febrero de 2014 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI)).

Resolución del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 2014 “Hacia la eliminación de la mutilación genital femenina” (2014/2511(RSP)).

Resolución de 25 de febrero de 2014 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI)).

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2016, sobre la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE ([2015/2325\(INI\)](#)).

Decisión (UE) 2017/865 del Consejo de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal (DOCE L131/11, 20-05-2017).

Decisión (UE) 2017/866 del Consejo de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución. (DOCE L.131/13, 20-05-2017).

3.- OEA

Resolución Asamblea General OEA, AG/Res.1128(XXI-0/91 “Protección de la Mujer contra la Violencia”.

CIDH Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación, 3 noviembre 2011, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60.

CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011.

Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará “Inter-American Commission of Women. Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI)”, mayo de 2012, (OEA/Ser.L).

“Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)”. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.

4.- UA

African Union Gender Policy, Rev. 2/Fev. 10, 2009.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: “General Comments on Article 14 (1) (d) and (e) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa”, 2012.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: “General Comment No. 2 on Article 14.1 (a), (b), (c) and (f) and Article 14. 2 (a) and (c) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa”, adoptadas en 2014.

Comisión Africana, 283 Resolution on the Situation of Women and Children in Armed Conflict, Adopted at the 55th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights held in Luanda, Angola, from 28 April to 12 May 2014.

Comisión Africana, 284: Resolution on the Suppression of Sexual Violence against Women in the Democratic Republic of Congo, adopted at the 55th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights held from 28 April to 12 May 2014 in Luanda, Angola.

Comisión Africana, 288: Resolution Condemning the Perpetrators of Sexual Assault and Violence in the Arab Republic of Egypt, adopted at the 16th Extraordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights held from 20 to 29 July 2014 in Kigali, Rwanda.

Comisión Africana, 292: Resolution on the Need to Conduct a Study on Child Marriage in Africa, Done at the 16th Extraordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights held from 20 to 29 July 2014 in Kigali, Republic of Rwanda.

5.- ASEAN

Declaration of the Advancement of Women in the ASEAN Region, Bangkok, Thailand, 5 July 1988.

Declaration on the Elimination of Violence Against Women in the ASEAN Region; Jakarta, Indonesia, 30 de junio de 2004.

The ASEAN Commission on the Promotion and the Protection of the Rights of Women and Children (ACWC), Estatuto aprobado por la ASEAN Socio-Cultural Community (ASCC), Council el 7 de abril de 2010.

The Declaration on the Elimination of Violence Against Women and Elimination of Violence Against Children in ASEAN, Bandar Seri Begawan, Brunei, el 9 de octubre de 2013.

2.3- Instrumentos de política internacionales relativos a la protección de la mujer.

UN.Doc. E/CONF.66/34, 1976, Plan Mundial de Acción para la Implementación de los Objetivos del Año Internacional de la Mujer y Declaración de México sobre la igualdad de la mujer y su contribución al desarrollo y la paz.

A/CONF.94/35, Copenhagen, 14 a 30 julio 1980, Programme of Action for the Second Half of the United Nations Decade for Women;

A/CONF/116/28/Rev.1. “Informe de la Conferencia Mundial para el examen y la evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz”, julio de 1985, “Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el Adelanto de la Mujer”.

A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena.

A/CONF.177/20/Rev. 1, 1 enero 1996, Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción de Beijing.

3.- JURISPRUDENCIA

3.1.- Comité CEDAW

Comunicación número 2/2003, *Sra. A. T. contra Hungría* dictamen adoptado el 26 de enero de 2005, 32º período de sesiones.

Comunicación número 5/2005, *Sahide Goekce (fallecida) contra Austria*, 6 de agosto 2007.

Comunicación número 6/2005, *Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria*, 6 de agosto 2007.

Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña c. España, CEDAW/C/39/D/7/2005.

Maïmouna Sankhé c. España CEDAW/C/56/D/29/2011.

Ángela González Carreño c. España CEDAW/C/58/D/47/2012.

3.2.- TEDH

Case of Handyside v. The United Kingdom, 7 de diciembre de 1976, Application n. 5493/72.

Case of Klass and Others v. Germany, 6 de septiembre de 1978, Application no. 5029/71.

Case of X and Y v. The Netherlands (application no. 8978/80), 26 de marzo 1985.

Asunto Soering c. Royaume Uni, sentencia 7 de julio de 1989.

Case of Loizidou v. Turkey, 23 de marzo de 1995, (40/1993/435/514)

Case of Aydın v. Turkey (57/1996/676/866), 25 september 1997.

Case Chypre c. Turquie, sentencia de 10 mayo de 2001.

Case of MC. v. Bulgaria (Application no. 39272/98) 4 December 2003.

Case Issa and Others v. Turkey, 16 noviembre de 2004.

Case Bevacqua y S. contra Bulgaria (*Case of Bevacqua and S. v. Bulgaria* (Application no. 71127/01) 12 June 2008).

Case of Opuz v. Turkey (Application no. 33401/02), 9 June 2009.

Case of E.S. and Others v. Slovakia (Application no. 8227/04) 15 September 2009).

Case of Branko Tomasić and Others v. Croatia (Application no. 46598/06) 15 January 2009.

Case of B. v. The Republic of Moldova (Application no. 61382/09), 16 July 2013.

Case of Kontrová v. Slovakia (Application no. 7510/04) 31 May 2007.

Case of X and Y v. The Netherlands (application no. 8978/80), 26 de marzo 1985.

Case of Aydin v. Turkey (57/1996/676/866), 25 september 1997.

Case of Eremia and Others v. The Republic of Moldova (Application no. 3564/11) 28 May 2013.

Case Hajduová contra Eslovaquia (Case of *Hajduová v. Slovakia* (Application no. 2660/03) 30 November 2010).

Case A. contra Croacia (Case of *A. v. Croatia* (Application no. 55164/08) 14 October 2010).

Case de Rantsev v. Chipre y Rusia (Demanda no. 25965/04)” 7 de enero de 2010.

Case Omeredo v. Austria (Case *Mary Magdelene Omeredo v. Austria*, Application núm. 8969/10, 20 septiembre 2011).

Caso Kalucza contra Hungría (Case of *Kalucza v. Hungary* (Application no. 57693/10) 24 April 2012).

Case Affaire N.A. v. République de Moldova, (Requête n° 13424/06) 24 septembre 2013.

Case of Mudric v. The Republic of Moldova (Application no. 74839/10) 16 July 2013.

Case of Valiulienė v. Lithuania (Application no. 33234/07), 26 March 2013.

Case of Durmaz v. Turkey (Application no. 3621/07) 13 November 2014.

Case Enitan Pamela Izevbekhai and Others v. Ireland, Application núm. 43408/08, 17 mayo 2011.

Asunto N.D. y N.T. c. España (Demandas n° 8675/15 y 8697/15), 3 de octubre de 2017.

3.3.- CIDH

Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú) de 1 de marzo de 1996.

Caso 12.051, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001.

Caso N° 12.433 *Sonia Arce Esparza v. Chile*, 3 de mayo de 2008.

3.4.- CORTE IDH

Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252.

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250.

Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, 20 de noviembre de 2014.

Caso Veliz Franco vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014.

3.5.- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

In the Matter of Michelot Yogogombaye versus The Republic of Senegal, 15 Diciembre 2009, Application No. 001/2008.

3.6.- Tribunales Penales Internacionales

Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995.

Prosecutor v. Akayesu ICTR-96-4-T, de septiembre de 1998.

Prosecutor v. Furundzija, Judgment, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Ramodic Kovac and Zoran Vukovic, Judgment, IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzi Kamara, Santigie Borbor Kanu (caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), 20 de junio de 2007.

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Appeal Judgment (SCSL03-01-T), 26 de septiembre 2013.

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo/Chui, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717).

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to article 74 of Statute (ICC-01/04-01/06-2842).

Prosecutor v. Dominic Ongwen, Decision on the confirmation of charges, ICC-02/04-01/15, de 22 de diciembre de 2015.

3.7.- Tribunales nacionales

Matter of Acosta, Int. Dec. 2986 (BIA 1985), marzo de 1985.

INS v. Sánchez Trujillo, 620 F. Supp. 1361 (1985), octubre 1985.

Caso *Mojekwu y otros vs. Ejikeme y otros*, 5 NWLR 402, Tribunal de Apelación de Nigeria, 9 de diciembre de 1999.

Caso *Vishaka and others V. State of Rajasthan and others* (Air 1997 Supreme Court 3011).

Constitutional Court of South Africa. *Case CCT 8/02*, 5 julio de 2002.

Sentencia C-022/15 (Bogotá, D.C., 21 de enero de 2015).

Sentencia 4815/2010 de 11/05/2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sentencia 197/2011 de 15/11/2011 de la Audiencia Provincial de Teruel.

Sentencia 4991/2013 de 13/05/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sentencia Audiencia Nacional 9/2013, 4 de abril de 2013

Sentencia Sección Segunda AP Navarra número 38/2018, de 20 de marzo de 2018.